مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق
جامعة الاسكندرية



السنة الرابعة عشرة (١٩٦٩)
العددان الأول والثانى

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطان

السنة الرابعة عشرة (١٩٦٩)

العددان الأول والثانى

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٦٩

لجنة التحرير

تقديم

بهذا العدد الأول من عام ١٩٦٩ تبدأ مجلة الحقوق عهداً جديداً تصل فيه ماكان قد انقطع . فقد عانت المجلة – منذ صدورها – من التباعد بين تاريخ العدد وبين تاريخ صدورها وكان الجهد يقصر أحياناً عن متابعة مرور السنوات .

وبصدور فهرس المجلة بمناسبة اليوبيل الفضى لكلية الحقوق (١٩٤٣ – ١٩٦٧) ، تبدأ المجلة أعدادها بعام ١٩٦٩ . وتأمل أن يستمر انطلاقها متصلا دائباً فى خدمة القانون والمجتمع .

هيئة التحرير

عمداء كلية الحقوق جامعة الاسكندرية
فى ٢٥ عاما

الأستاذ الدكتور زكى عبد المتعال	٢٢/ ٨/ ١٩٤٢
الأستاذ الدكتور عبد المعطى خيال	٢٣/ ٨/ ١٩٤٥
الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد	١٠/ ٨/ ١٩٤٦
الأستاذ الدكتور حسن أحمد بغدادى	٩ / ٩/ ١٩٤٩
الأستاذ الدكتور حسين فهمى	٢٦/ ١١/ ١٩٥٢
الأستاذ الدكتو أنور سعيد سلطان	٢٠/ ٦/ ١٩٥٩
الأستاذ الدكتور على صادق أبو هيف	٣/ ١١/ ١٩٦٤
الأستاذ الدكتور شمس الدين الوكيل	٤/ ١٢/ ١٩٦٦
الأستاذ الدكتور حسن كيره	١/ ٦/ ١٩٦٨

الفهرس

تاريخ نظام التجديد NOVATIO
فى القانون الرومانى

للدكتور عبد المجيد محمد الحفناوى

١ — امهات المسائل التى يثيرها تاريخ نظام التجديد :

عندما نشرع فى دراسة تاريخ نظام التجديد فى القانون الرومانى ، فانه يتعين علينا أن نضع فى عين الاعتبار منذ البداية ، أننا نتناول نظاماً قانونياً مثار جدل ، ويتضمن مشاكل خاصة محل خلاف كبير . وهذا يستوجب بطبيعة الحال أن يتركز جل اهتمامنا على هذه المسائل الخاصة ، حتى نصل بصددها إلى الرأى الأقرب إلى الصواب فى تقديرنا ، على ضوء التحليل والتمحيص الدقيق والكامل لأهم النصوص التى أشارت إليها . فلن نحاول مطلقاً أن نجرى وراء ابتداع الفروض التى لا نجد لها سنداً الا فى مخيلة الشراح . فالطريقة المثلى للبحث والدراسة ليست فى اخضاع النصوص لفروض مسبقة ، بل التحقق من الفروض عن طريق تحليل النصوص . وهكذا نستطيع أن نقود بحثنا الذى يتسم بالصعوبة والتعقيد إلى بر الأمان ، دون أن نتورط فى تبنى أفكار لا نجد لها سنداً فى المصادر .

وإذا كانت المشاكل الخاصة بتاريخ نظام التجديد هى التى سوف تكون موضع الاهتمام ، فذلك لأن المسائل التفصيلية أو العامة مسلم بها من قبل جميع الشراح ، ومن السهل العثور على أحكامها فى الغالبية العظمى لمؤلفات القانون الرومانى . ومن ثم فاننا لن نقف عند هذه المسائل الا لمجرد الاشارة وذكر القواعد العامة المتعلقة بها ، بغية كمال هذه الدراسة . وهكذا نعالج باختصار ماهية التجديد فى القانون الرومانى ، ونبين أصل نشأته وتطوره . ثم نوضح الأهمية التى كان يحتلها . وذلك قبل التطرق إلى شروطه ، وماتثيره من مسائل دقيقة . وأخيراً نشير إلى آثار التجديد . وننهى بحثنا بخاتمة نبرز فيها خلاصة آرائنا .

ولعل أبرز المشاكل الخاصة التي تصادفنا ، ونحن بصدد معالجة أصل نشأة نظام التجديد ، وشروطه ، تكمن في الكيفية التي استطاع الفقهاء بمقتضاها أن يوائموا ما بين التعهد الرسمي Stipulatio ، وهو نموذج العقد اللفظي الذي كان يستعمل كوسيلة لانشاء الالتزام ، ونظام التجديد الذي كان يستخدم كوسيلة لانقضاء الالتزام ، وليس لانشاء التزام جديد فحسب. فمن المعلوم ، كما سيلي تفصيله ، أن نظام التجديد الروماني كان من ابتداع الفقه . فهل خلع الفقهاء الرومان على التعهد الرسمي الذي كان يستخدم بقصد التجديد قوة انقضائية ، بجانب قوته الانشائية الأصلية ، ليترجم بالتالي ارادة الانقضاء وارادة الانشاء في نفس الوقت ؟

ومن المشاكل الخاصة والهامة في نفس الوقت ، تلك المتعلقة بنية التجديد Animus novandi ، وهل هي من صنع جستنيان ، أم أنها ترجع إلى عصر سابق عليه ؟ وبتعبير آخر ، هل تعتبر مجموعة النصوص المدونة في الموسوعة ، والتي تشير إلى نية التجديد ، محرفة كلها أو بعضها أم لا ؟ ثم ما هي سبل البحث عن نية التجديد في العصر العلمي ، إذا كانت تمثل أحد شروط التجديد في هذه الفترة ؟ وما هي الوظيفة الحقيقية التي كانت تؤديها نية التجديد في القانون المدني الروماني ؟ وأخيراً ، ما هي الحالات التي كان البريتور يتدخل فيها ليحول دون تطبيق قواعد القانون المدني الروماني التي كانت تقضي بازدواج الالتزام ؟

٢ – التعريف بالتجديد[١] في القانون الروماني ، وبيان أصل نشأته وتطوره :

يعرف أولبيانوس التجديد بأنه " نقل وتحويل التزام سابق إلى التزام

---

(١) أنظر : Bnifacio, La novazione nel diritto romano, Napoli, 1950;

F. de A. Sancho Rebullida, La novacion de Las obligaciones, Barcelone, 1964; Rutsaert, Etude sur La délégation en droit privé romain, 1929; staehlin, Die Novation, ihre geschichtliche Entwickelung und ihre Bedentung im geltenden Recht, 1948; Beretta, Scritti Ferrîni,=

آخر يتضمن عنصراً مختلفاً عن الالتزام الأصلى» . وهذا هو ما جاء فى الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ١ ، الفاتحة :

" Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur".

وكذلك يتحدث جايوس (٢) وبابينيانوس (٣) عن « نقل الالتزام translatio obligationis » . والحق أن هذا التعبير الذى استخدمه الفقهاء المشار اليهم يتسم بعدم الدقة . إذ أن محل الالتزام id quod debetur ، وليس الالتزام فى ذاته هو الذى ينقل . فمن المتفق عليه بين الشراح أن وحدة المحل فى الالتزامين ، القديم والجديد ، كانت من بين شروط التجديد فى القانون الرومانى (٤) .

ومن الناحية الاصطلاحية ، فان التجديد "novatio" يأتى اسمه من "novus" أى جديد ، و "nova obligatio" ، أى التزام جديد . وهو الالتزام الذى يقوم بانشائه (٥) ، ليحل محل الالتزام القديم (٦)

=milan, 1,77; Pringsheim, studi Arangio-Ruiz, 1,509; Heaberlin,Z.S.S., 1957, 100; Talamanca, V. Delegazione, Enciclopedia del diritto; Feenstra,Tijdschrift, 1961,397;Rabel, scritti Ferrini, milan, IV,218; Giardina, studi sulla novazione nella dottrina del diritto intermedio, milano, 1937; Marie-Auguste Gerbaut, de La novation, Nancy, 1882.

(٢) نظم جايوس : ٢ ، ١٧٦ ، والموسوعة : ٤ ، ٤٤ ، ٢٧ ، ٣ .

(٣) الموسوعة : ٤٦ ، ، ٥ الفاتحة .

(٤) أنظر :

Ph. Meylan, La réforme justinienne de La novation, congrès intern. jurid., 1935, pp. 278—331; Cornil. causes et conséquences de l'apparition tardive de L' "animus novandi", Mélanges P. Fournier, 1929, pp. 87 — 118.

(٥) أنظر أولبيانوس ، فى الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ١ ، الفاتحة :

"Novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione."

(٦) نفس الموضع من الموسوعة :

"cum praecedenti causa ita nova constituatur ut prior perematur.".

ولكن لا يعنى أن هناك تجديداً فى كل المرات التى يستبدل فيها التزام بآخر له نفس المحل ، كما لو حولنا الوكالة إلى قرض . فالتجديد يستوجب عقداً شكلياً ، ونعنى به التعهد الرسمى Stipulatio . فهو لم يظهر كنظام خاص قائم بذاته ، بل نتيجة لنظام آخر هو التعهد الرسمى (٧) . فالتجديد فى الحقيقة ما هو الا اجراء تعهد رسمى يتضمن ما هو مستحق من قبل . ومن ثم فانه ربما من الأوفق فى القانون الرومانى أن نتحدث عن التعهد التجديدى أى التعهد الرسمى الذى يقضى التزاماً قديماً وينشىء التزاماً جديداً ليحل محله ، بدلا من الحديث عن التجديد .

ويرى البعض (٨) أنه وإن كان جوهر نظام التجديد فى العصر العلمى هو استبدال التزام بآخر له نفس المحل عن طريق تصرف ارتسامى هو التعهد الرسمى ، غير أن فكرته فى نهاية الجمهورية كانت تتلخص فى انقضاء الالتزام عن طريق تصرف ارتسامى ، بصرف النظر عما إذا كان من المحتمل أن يؤدى هذا التصرف إلى انشاء علاقة التزامية جديدة أم لا . ويضيف هذا الفريق من الشراح أن التعهد التجديدى لم يكن يستطيع فى الأصل أن يقضى الا نوعاً واحداً من الالتزامات هو الالتزام اللفظى ، بسبب مبدأ تطابق الصيغ .

ونحن نعتقد أن التجديد كان من ابتداع فقهاء الرومان . وكان يرى

---

(٧) ويذهب بعض الشراح إلى أنه وإن كان التجديد يجرى عن طريق التعهد الرسمى فى أغلب الأحيان ، غير أنه يمكن أن يتم بواسطة العقد الكتابى أيضاً . ويدعم هذا الفريق رأيه على أساس ما جاء فى كتاب نظم جايوس : ٣ ، ١٢٩ – ١٣٠ . أنظر بصفة خاصة :

Giffard, précis de droit romain, p. 243.;

Arangio-Ruiz, Instituzioni di diritto romano, p. 396.

غير أن هذا الرأى محل نظر : أنظر فى هذا الصدد :

Franco Bonifacio, La novazione nel diritto romano, Napoli; 1950, p. 53.

(٨) بونيفاتشو ، المرجع المشار اليه .

فى أول الأمر إلى انقضاء الالتزام من وجهة نظر القانون المدنى . بمعنى أنه كان يرمى إلى أن يرتب فى مجال القانون المدنى نفس الأثر الذى كان يرتبه الدفع بالاتفاق exceptio pacti ، فى مجال القانون البريتورى . ونستطيع أن نربط بين هذا الأثر الانقضائى والقاعدة الرومانية القائلة بأنه لا يمكن اجراء تعهدين متعاقبين بالنسبة لنفس المحل :

"Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur."(٩)

وأصل هذه القاعدة غامض للغاية (١٠) . وعلى أى حال فان أبسط التفسيرات التى يمكن أن نقدمها بخصوص الأثر الانقضائى للتجديد وعلاقته بهذه القاعدة يمكن ايجازه فى أن التعهد التجديدى كان يبرم فى البداية فى أعقاب الاتفاق pactio الذى يتم بعد وقوع جريمة ما ex promissio . فالالتزام المتولد عن الجريمة ينقضى عندما يتعهد أقرباء الجانى بجانبه أو حتى بدونه بدفع الغرامة الموقعة عليه .

ولقد استبعدت هذه القاعدة القديمة Bis de eadem re ne sit debitum بالتدريج لأنها لم تكن عملية ، وتم التطور على النحو التالى :

١ — فى بعض الحالات كان الدائن يقدر أن هناك فائدة له من الابقاء على الدين القديم بجانب الدين الجديد الذى يلتزم به شخص آخر بجانب المدين ، لزيادة ضماناته مثلا . والقاعدة لا تمس عندئذ ، مادام أن الدائن ما كان يستطيع أن يرفع الدعوى عن ذات الموضوع مرتين ، على المدين الأصلى وعلى المدين التبعى .

---

(٩) بمبينيوس ، الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ١٨ ؛ ٤٥ ، ١ ، ٢٥ ، وجوليانوس ، الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٨ ؛ وأنظر أيضاً جيرار ، الوجيز ، ص ٧٣١ ، فقرة ٤ .

(١٠) أنظر :

Cornil, studi Bonfante, 1929.

٢ — سمح بتحويل دين سابق فى التزام جديد ، شريطة أن يتم شىء من التغيير فى الالتزام القديم ولكن لكى تظل القاعدة سليمة ، فان نشأة الالتزام الجديد تؤدى إلى انقضاء الالتزام القديم .

٣ — وأخيراً تم استبعاد القاعدة القديمة ، مع بقاء الطرفين المتعاقدين أنفسهما ، وذلك بتطبيق فكرة جديدة هى : فكرة تفريد الالتزام من أجل سببه . وهكذا فان الشىء ذاته يمكن أن يكون مستحقاً للدائن فى ذمة نفس المدين لأسباب مختلفة . ويوجد فى هذه الحالة من الالتزامات المنفصلة ما يعادل أسباب الالتزامات (١١). كما تتعدد الالتزامات أيضاً عندما لا تكون لدى الطرفين نية التجديد عند ابرام التعهد الرسمى Stipulaito .

ولقد ولد التجديد فى عصر كان للشكل فيه أهمية حاسمة ، كما سيلى . فمن المعلوم أن نظم القانون الرومانى فى بدايته كان يعلو فيها الشكل على الجوهر. ولم يشذ التجديد عن هذا المبدأ العام . ففى نظر القانون الرومانى فى مراحله الأولى ، يعتبر الالتزام الذى يغير من شكله التزاما مجدداً ، وما التجديد الا «تغيير» بحسب المدلول الحرفى لهذه الكلمة . والغرض الرئيسى للتعهد التجديدى ، فى تقدير هذا الفقه القديم المتمسك بالأوضاع الشكلية ، هو على وجه الدقة اضفاء شكل قانونى ومحدد بوضوح على علاقة الزامية . فكل التزام ، عندصبه فى قالب التعهد الرسمى ، يفقد شكله الأصلى ويتدثر برداء جديد .

ويمكن أن نلقى ضوءاً أكبر على وضع التجديد هذا بمقارنته بما هو عليه الحال فى التقنينات الحديثة ، حيث أن الأمر يختلف تماماً . ففى التشريعات المعاصرة ، لا يمكن أن يوجد مفهوم «التغيير» هذا للالتزام ، حيث أن الالتزامات ليس لها شكل محدد. فسواء صب الاتفاق اللفظى فى محرر ،

---

(١١) أوليبانوس ، الموسوعة : ١٩ ، ١ ، ١٠ ، بولص ، الموسوعة : ٤٤ ، ٢ ، ١٤ ، ٢ ؛ ٥ ، ١٧ ، ١٥٩ .

أو كرر الاتفاق المكتوب شفوياً ، فان الاتفاق ذاته قائم وواحد ، لأن الجوهر لا يتغير ، والشكل لا أهمية له .

فلا يمكن فهم أصل نشأة التجديد فى القانون الرومانى الا من خلال نظام يقرر أن فى شكل العقود تكمن قوتها الالزامية . كما أنه لا يمكن تصوره بالتالى الا مع التعهد الرسمى . وليس غريباً اذن أن يلقى هذان النظامان المتلازمان نفس المصير فى نفس الوقت . فلقد سقط كليهما مع البقايا الأخيرة للشكلية الرومانية القديمة فى نهاية تطور القانون الرومانى ، واختفيا معاً بلا عودة .

ويمكن أن نلخص النتائج التى توصلنا اليها من دراستنا لمشكلة تعريف التجديد وأصله وتطوره فى عبارة وجيزة ، مميزين مابين نهاية عصر الجمهورية ، والعصر العلمى حيث تكاملت فيه عناصر نظرية التجديد الرومانى . فالتجديد فى نهاية العصر الجمهورى هو عبارة عن انقضاء الالتزام عن طريق التعهد الرسمى ، سيان فى ذلك أن يؤدى هذا التعهد أم لا إلى انشاء علاقة أخرى . ونعرف التجديد فى العصر العلمى بأنه استبدال التزام جديد بالتزام قديم ينقضى ، بواسطة تصرف ارتسامى هو التعهد الرسمى يترتب عليه نقل نفس الدين idem debitum

٣ — **فوائد التجديد :**

كان للتجديد أهمية كبرى فى الحياة العملية الرومانية . فعن طريقه كان يمكن تعديل الالتزام ، وتحويله ، ونقله ، وتدعيمه ، وانقضاؤه . ونوجز فيما يلى مجالات استعماله .

١ — غالباً مايهدف الدائن من وراء ابرامه التعهد التجديدى ، الذى يتضمن ماهو مستحق له ، اضفاء شكل أكثر انتظاماً على دينه ، واعداد وسيلة أكثر فعالية . فطالما أن الديون الاتفاقية متدثرة بشكلها العادى ، فانه لم يكن يحميها فى غالبيتها ، سوى دعاوى حسن النية . وهى دعاوى تنظر أمام محكمين ، وليس أمام قضاه . ويفصل فيها وفقاً لمقتضيات العدالة ، وعادات التجارة ،

وليس وفقاً لأحكام القانون الدقيقة . فكان من المتعين إذن ، إذا ما أريد عرض هذه الديون أمام قضاة ، وفقاً لاجراءات المرافعات العادية ، أن تتدثر برداء التعهد الرسمى ، الذى كان مرناً لاستيعاب الاتفاقات الغاية فى التنوع ، وفى نفس الوقت كان محدداً بحيث أنه يتلائم مع صيغة الدعوى .

فلو فرض مثلا أن هناك التزاماً لا يرجع أصل نشأته إلى عقد لفظى (تعهد رسمى) ، فيكفى صبه فى تعهد رسمى ، وتحويله بالتالى إلى التزام لفظى لكى يتحقق التجديد . كما لو كان مصدر الدين هو عقد البيع أو الوكالة أو الشركة أو أى عقد آخر من عقود حسن النية .

فكان يكفى أن يتبادل الدائن مع المدين عبارات التعهد الرسمى المقررة : « هل تعد باعطائى ألفاً ؟ "mille mihi dare spondesne"? ، ويكفى أن يجيب المدين على هذا السؤال الذى وجهه اليه الدائن « نعم أعد spondeo » لكى ينفصل الدين عن مصدره الأصلى (عقد البيع مثلا) ؛ ويكتسب سمات البساطة ، والثبوت ، والتحديد . وهى كلها خصائص هامة بالنسبة للميدان التجارى . فلو فرض مثلا أن ثمن البيع ألف سيسترس ، فانه يمكن تجديد الالتزام بأدائه عندما يبرم البائع مع المشترى تعهداً رسمياً بالصيغة السالفة الذكر . ويسأل المشترى عندئذ بمقتضى التعهد ex stipulatu ، بعد أن كان مسئولا على أساس عقد الشراء ex empto .

ويترتب على ذلك أن الدائن ، عند المطالبة بحقه ، لن يحتاج إلى أن يثبت المصدر الأصلى لدينه . فلا يهم ما إذا كان يوجد ، قبل ابرام التعهد الرسمى ، بيع أو وكالة .. الخ . فاذا ما صار المبلغ الواجب الأداء محلا لتعهد رسمى ، فانه لم يعد يعتبر بمثابة ثمن بيع أو باقى حساب . هذه القيم التى ليست دائماً محققة ، والتى لا يمكن أن يحددها القاضى ، إذا ما ثار حولها النزاع ، الا على أساس أن يأخذ فى عين الاعتبار كل الظروف المحيطة بالالتزام . فما هو مستحق ، بمقتضى التعهد الرسمى ، وهو مائة أو ألف مثلا ، فانه مقدار مجرد ، ومن ثم ثابت. ويمكن القول بأنه إذا ما تزود الدائن بسند يثبت التعهد ، فانه يعتبر كما لو كان يحوز نقوداً ، لأن قيمة السند الذى تحت يده مؤكدة .

ويلاحظ أن هذه الحالة من حالات استعمال التجديد لم يذكرها جايوس فى كتاب نظمه حينما كان بصدد سرد وظائف التجديد فى القانون الرومانى(١٢). ويمكن تفسير هـــذا النقص فى تعـــــداد جايوس بأنه لم يكن يتصور قط اجراء التجديد الا فى الحالة التى تتعلق بتعهدين رسميين متعاقبين ، ويستخدم التجديد لتحويل الالتزامات أو تغييرها فقط . غير أنه إذا مافتحنا الموسوعة أو كتاب النظم لجستينيان ، فاننا نجد أمثلة لتحقق التجديد بدون حدوث تغيير فى شخص الدائن أو المدين ، أو فى أوصاف الالتزام . وما هذا المجال الأول من مجالات استعمال التجديد الذى قمنا بشرحه الا دليل قاطع على أن تعداد جايوس لم يكن كاملا . فالدائن يرمى من وراء التجديد فى هذا الفرض أن يغير من طبيعة العقد الذى نشأ عنه الالتزام الأول ، وذلك بتحويل عقد من عقود حسن النية إلى عقد من عقود القانون الضيق ، بغية التضييق من سلطات القاضى فى تقدير العلاقات القائمة بين الطرفين .

٢ — وكان التجديد يستخدم فى بعض الأحيان ، ليس من أجل اعداد الاجراءات الكفيلة بمطالبة المدين بالوفاء بالطريق القضائى كما هو الحال فى الفرض السابق ، بل على العكس ، بغية إعداد وسيلة فعالة لابراء ذمته من الدين . فهو يرمى هنا إلى تحقيق الابراء اللفظى acceptilatio (١٣) بالنسبة لالتزام لم يكن قد نشأ فى الصورة اللفظية Verbis . فبمقتضى قاعدة توافق الصيغ ، كان يتعين حدوث تطابق بين الشكل الذى ينشأ فيه الالتزام وشكل انقضائه . وهكذا تطابق صيغة التعهد الرسمى الذى ينشئ الالتزام : « هل تعد باعطاء مائة ؟ centum spondesne? » ؛ « نعم أعد spondeo » . الابراء اللفظى : « هل قبضت المائة ؟ centum habesne accepta? » ، « نعم قبضتها . accepta habeo » . فكان من الضرورى ، لكى يكون التناسق كاملا ، ألا تطبق كل صيغة ابراء الا على الالتزامات

(١٢) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٦ — ١٧٧ .

(١٣) أنظر : الدكتور صوفى حسن أبو طالب ، أبحاث فى مبدأ سلطان الادارة فى القانون الرومانى ، ١٩٦٤ ، ص ٥٥ .

الناشئة عن طريق الصيغة المعادلة . وهكذا لم يكن من الممكن أن يسرى الابراء اللفظى على الالتزام المتولد عن القرض أو البيع .

هذا ويلاحظ أن الابراء اللفظى كان يحاكى التعهد الرسمى ليس فقط من حيث الشكل ، بل وكذلك من حيث الآثار . وله نفس القوة لقضاء الدين مماثلة لقوة التعهد فى انشاء هذا الدين . فهو كان ، مثل التعهد الرسمى مستقل ، عن سببه الأصلى . فمن المحتمل أن الدائن ، عندما كان يقول « نعم قبضت المائة . acceptum habeo » ، كان قد استوفى فعلا دينه من قبل، أو أن يكون قد ارتضى بما يعادله من عوض ، ومن المحتمل أخيراً أن يكون قد أخطأ فى اعتقاده بأنه قد حصل على الوفاء بينما هو فى الحقيقة لم يحصل على أى شىء . فأيا كان الوضع ، فانه قد نطق بالصيغة المقررة . وهذه الصيغة ، بذاتها ، تبرىء المدين . فالابراء اللفظى كان مفيداً اذن حتى بالنسبة للمدين الذى قام فعلا بالوفاء ، لأنه كان يعفيه من اثبات هذا الوفاء . فكما أن التعهد الرسمى كان مفيداً للدائن لتدعيم دينه ، فان الابراء اللفظى كان نافعاً للمدين الذى قد أبرئت ذمته لتقرير إبرائه .

وفى عبارة موجزة ، فان الابراء اللفظى هو المخالصة الحقيقية والارتسامية التى كان يحتاج اليها كل مدين . ولما كان ذلك غير ممكن الا بالنسبة للالتزامات اللفظية ، مادام أن الصيغة اللفظية لا يمكن أن تقضى الا الالتزامات اللفظية، فان كل من يلتزم عن طريق القرض أو الشراء .. الخ ، ما كان يستطيع الحصول على مخالصة رسمية ، مهما كان محتاجاً اليها . والتجديد هو الذى يقدم للمدين فى مثل هذه الحالات ، الوسيلة الناجعة ، لأنه يحول الديون على اختلاف أنواعها إلى ديون لفظية ، ويجعل بالتالى كل دين قابلا للابراء اللفظى .

٣ — وكان التعهد التجديدى يحقق ، فى ظل القانون الرومانى القديم ، فائدة ثالثة ، يمكن أن نشير اليها سريعاً . فجايوس يذكر حالة اضافة كفيل

sponsor أو حذفه (١٤) من بين حالات استعمال التجديد . والالتزام اللفظى هو وحده ، فى القانون القديم ، الذى كان يمكن أن يكون محلا للكفالة . إذ أن الكفالة ما كان من المستطاع أن تتحقق الا بواسطة صيغة لفظية : « هل تعد بنفس الشيء ؟ idem spondesne » ، « نعم أعد . spondeo » ؛ « هل تضمن نفس الشيء؟ idem Fidepromittesne » ، « نعم أضمن. Fidepromitto » . ويتعين أن تكون لهذه الصيغة ، صيغة أخرى ملائمة ، وهى صيغة العقد الرئيسى . والكفالة تماثل الابراء اللفظى فى هذا الخصوص . وهكذا فانه بخلع الاشكال التقليدية للعقد اللفظى على الالتزام ، يصبح الالتزام قابلا للضمان بطريق الكفالة .

ولن نقف عند هذه النقطة أكثر من ذلك، لأنه قد أدخلت أشكال جديدة للكفالة منذ زمن جايوس ، واختفت بصفة كاملة تقريباً هذه الوظيفة التى كان التجديد يقوم بها .

ويمكن تلخيص هذه الوظائف الثلاث للتجديد فى عبارة واحدة : يرمى التجديد إلى اضفاء صفات وامتيازات الالتزام اللفظى على الالتزامات غير اللفظية . ومع ذلك ، فان الالتزامات اللفظية ذاتها غالباً ما تحتاج إلى التجديد . وسنقوم الآن باستعراض أربع حالات أخرى لاستعمال التجديد، حيث يمتد فيها ويعمم على سائر الالتزامات ، لفظية كانت أم لا .

٤ — فالتجديد هو الوسيلة التى يلجأ اليها عندما يراد ادخال تعديل بتغيير وصف من أوصافه . إذ أن الالتزام يمكن أن يقبل أوصافاً مختلفة . فهو يمكن أن يكون مضافاً إلى أجل ، أو معلقاً على شرط ، أو بسيطاً بلا قيد أو شرط . ولكن يتعين ، إذا ما نشأ مقترناً بوصف من هذه الأوصاف أن يحتفظ به حتى نهايته ، لأن قانون العقد الذى أنشأه على هذه الصورة ،

---

(١٤) ولقد كان هذا هو رأى السابينيين ، بينما كان البروكيليون يرفضون الطابع التجديدى عند ضم الكفيل أو حذفه .

لا يمكن أن يلغى الا عن طريق قانون مساوله فى القوة ، أى عن طريق إبرام عقد جديد . هذه هى القاعدة الرومانية التى حاول الفقه التخفيف من حدتها تدريجياً ، ولكن دون أن يلغها أبداً .

ولعدم مخالفة هذه القاعدة ، كان يستخدم التجديد لادخال التعديل المطلوب فى الالتزام . فلو رغب المقرض مثلا فى تغيير أجل الوفاء بالقرض بعد ابرامه باختصار مدته أو اطالتها، أو رغب فى أن يجعل قرضه المضاف إلى أجل ينقلب إلى قرض بسيط بالغاء الأجل ، فانه يبرم تعهداً رسمياً يضمنه المبلغ الذى أقرضه مع اضافة التعديل المطلوب . وهكذا فان الدائن يكون قد قام باجراء تجديد عن طريق تغيير الأجل أو الغائه . ويصبح الدين مضافاً إلى الأجل الجديد أوفورياً لأن مصدره لم يعد هو عقد القرض بل العقد اللفظى .

ويقال نفس الشيء فى الفرض العكسى ، بأن أبرم الدائن تعهداً رسمياً، اشترط فيه لأجل ما كان يجب الوفاء له به فوراً (١٥) .

وما يهم ملاحظته هنا أن الأجل المضاف اليه الالتزام القديم أو الالتزام الجديد لا يتأثر به التجديد ذاته : فالتجديد لايضاف أبداً إلى أجل ، فهو دائماً حال . فالالتزام ينشأ عنه فوراً ، رغم أن استحقاق هذا الالتزام وتنفيذه قد يكون مؤجلا .

وبجانب الأجل، يوجد وصف آخر وهوالشرط . ومن أمثلة هذا الفرض أنه بعد أن يبرم المتعهد تعهداً رسمياً يلتزم فيه بإلتزام بسيط بإعطاء العبد ستيكوس dare stichum pure ، يستبدله بتعهد آخر بإعطاء العبد ستيكوس معلقاً على شرط dare stichum sub condicione . والتجديد يتحقق هنا أيضاً، سواء أضيف الشرط ، أو الغى ، أو استبدل بشرط آخر . غير أن هناك خلافاً مابين الشرط والأجل فيما يتعلق بمدى تأثر التجديد بكل منهما . فبينما هو لا يتأثر بالأجل ، فانه على العكس يتأثر بالشرط . إذ أن الشرط يعلق وجود الالتزام ذاته وليس مجرد استحقاقه . ومن المعلوم أنه لكى يتحقق التجديد يتعين وجود التزامين ، الالتزام الذى ينقضى والالتزام الذى يحل محله . لكن

(١٥) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٧ .

الشرط يجعل أحدهما غير محقق ، وبالتالى فان التجديد يكون غير محقق نتيجة لذلك . ولقد كان الفقيه الرومانى سرفيوس سولبيسيوس Servius Sulpicius يذهب إلى أنه فى حالة اضافة شرط إلى التزام بسيط ، فان التجديد يتم فقط عند تحقق الشرط . وهذا هو الحل الذى رجح . أما فى الحالة العكسية ، أى عند الغاء الشرط المعلق عليه الالتزام القديم، فان الأثر التجديدى يكون فوريا (١٦) .

٥ — وكان التجديد يلجأ اليه لحوالة الحق (١٧) أو الدين ، عندما يراد تغيير شخص الدائن أو المدين . ذلك أن العقبات التى كانت تعترض سبيل ادخال تعديلات فى الالتزام ، كانت تحول دون حوالته . فكل التزام ، من حيث المبدأ ، ثابت لا يتحرك ، مثلما لايقبل التعديل ، لأنه ما هو سوى علاقة بين شخصين محددين ، ولا يستطيع أى منهما أن يتنازل عن مكانه لشخص آخر بدون أن تقطع العلاقة الأولى ويحل محلها علاقة وعقد جديدان. فنحن نجد أنفسنا اذن ازاء نفس الصعوبة التى كانت تقف فى طريقنا منذ قليل . ويهب التجديد هنا أيضاً لمساعدتنا . فلو فرض مثلا أنى أقرضت زيداً من الناس مبلغاً من النقود ، وأريد أن تكون دائنه بدلا منى ، فانك تبرم معه ، بناء على أمرى ، تعهداً رسمياً محله « مبلغ النقود الذى فى ذمته لى » ، ويصبح هو فى الحال مديناً لك وليس لى . ونكون بذلك قد توصلنا إلى نفس النتيجة التى كانت من الممكن أن تتحقق إذا ما كنت قد حولت حقى لك . فلو نظر إلى الأمر من حيث النتيجة ، فانه يتعين القول بأن حوالة الحق قد تمت . وهكذا كان ممكن ، بفضل التجديد ، أن تتداول الحقوق من يد إلى يد ، ومن مكان إلى مكان . فيمكن بيعها ، ومقايضتها ، واعطاؤها على سبيل الدوطة أو الوفاء أو الرهن .

---

(١٦) أنظر ، فيما يتعلق بالاشكالات التى يثيرها التجديد المعلق على شرط ؛ :
Koschaker, Bedingte Novation und Pactum, in Fest. Hanausek, 118 ss; Kaden, Ein Beitrag zur jehre der bedingte novation, in z.s.s., 44, 1924 pp. 164 ss; Cuq, Inst., p.923.

(١٧) الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٨ ، ٥ .

ومهما يكن من أمر تنوع هذه الحالات المختلفة لحوالة الحق موضوعياً ، غير أن شكلها دائماً واحد ، وهو الشكل الخاص بالتجديد .

ويقال نفس الشيء بالنسبة لتغيير المدين . فاذا ما أجرى دائنك تعهداً رسمياً معى ، مشترطاً علىّ فيه « ما عليك له » ، فان الدين ينتقل من ذمتك إلى ذمتى ، ويتحقق التجديد بتغيير المدين (١٨) .

٦ — ويمكن ، عن طريق التجديد ، أن نتفادى ، فى حدود معينة ، القاعدة التى تستبعد النيابة فى مجال الديون وتحول دون أن يصبح شخص ما دائناً أو مديناً عن طريق وكيل . وهذه القاعدة التى أملاها نظام الشكلية الدقيق ، كانت تمثل فى الحياة العملية عقبة وخطراً ، مثلها فى ذلك مثل القواعد السابقة . ولتفاديها كان يبرم الموكل تعهداً تجديدياً مقدماً مع من سيتعاقد معه الوكيل . ومن ثم يتحول الحق أو الدين الذى يتعاقد عليه الوكيل من ذمته إلى ذمة الموكل بواسطة التجديد المسبق .

وهكذا فان هذا النوع من التجديد المسبق يتفادى كل أخطار الوكالة فى القانون الرومانى . ويجعلها تشبه الوكالة فى القانون الحديث ، والتى تقضى بأن التعهدات والوعود التى يجريها الوكيل لا أثر لها الا بالنسبة للموكل . كما أن التعهد التجديدى يسهل الوكالة بطريقة أخرى . فلو فرض أن الموكل يريد أن يمنح وكيله سلطة التصرف فى دين له ، فان أحسن وسيلة كانت تكمن فى السماح للوكيل بأن يبرم مع مدين الموكل تعهداً يلتزم فيه هذا الأخير باعطاء الدين للوكيل .

٧ — وأخيراً فان التجديد يمكن أن يستخدم فى سبيل تصفية الدين وتحديد مقداره . فمن يبرم تعهداً رسمياً يشترط فيه تعويضات مثلا ، فانه يمكنه تجديد دينه باشتراط مبلغ محدد بدلا منه . ومن يشترط شيئاً ما ، يمكنه تجديد دينه باشتراط قيمة هذا الشيء مكانه .

---

(١٨) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٦ .

٤ — شروط التجديد :

أوجز جايوس شروط التجديد وآثاره معاً فى سطور قليلة تضمنها كتابه النظم . فهو يقول لنا أنه يوجد تجديد «إذا اشترطت على تيتيوس مثلا بأن يقوم باعطائى ما يتعين عليك دفعه لى ؛ لأنه بتدخل شخص جديد ينشأ التزام جديد . ويختفى الالتزام الأول لينتقل فى طيات الالتزام الثانى (١٩)» .

فمن حيث شروط التجديد ، فان جايوس يعلن أن التجديد يتحقق « إذا اشترطت على شخص جديد بالقيام بأداء ما يتعين عليك دفعه لى» . فنحن نلحظ هنا ثلاثة شروط على الأقل متميزة :

١ — «إذا اشترطت» ، فيتعين ابرام تعهد رسمى stipulatio ؛

٢ — «إذا اشترطت على شخص جديد» ، فيجب أن يوجه هذا التعهد الرسمى إلى مدين جديد ، أو بطريقة أكثر شمولا ، كما حرص جايوس على ابرازها فى الشطر التالى من النص ، يتعين أن يحتوى التعهد الرسمى على شىء ما جديد ؛

٣ — «إذا اشترطت ما عليك لى» ، فيجب أن يكون موضوع هذا التعهد نفس الشىء المستحق من قبل .

تلك هى الشروط الثلاثة التى يسود الاتفاق بين الشراح على أن جايوس كان يقتضيها . وهو يضيف إلى هذا المثال الأول أمثلة أخرى (٢٠) . وإذا ما القينا نظرة على كل هذه الأمثلة مهما اختلفت ، فاننا نلحظ دائماً وجود هذه الشروط الثلاثة المتفق عليها . بيد أن الخلاف يظهر بين الشراح فيما يتعلق بشرط رابع ، وهو نية التجديد animus novandi . فالبعض يرى أنه غريب على النظرية الأصلية للتجديد . والبعض الآخر يرى أنه من ابتداع جستينيان . وهناك فريق ثالث يعتبره من بين شروط التجديد

---

(١٩) جايوس : ٣ ، ١٧٧ .

(٢٠) جايوس : ٣ ، ١٧٦ — ١٧٩ .

فى العصر العلمى . وازاء هذا الخلاف فى الرأى ، ونظراً لأن المعركة مازالت محتدمة حول هذا الموضوع ، وجدنا أنه من المناسب أن نفرد له حيزاً كبيراً لحد ما فى بحثنا لنوضح فيه موقفنا منه مدعماً بتحليل شامل للكثير من النصوص.

أما بالنسبة للشروط الثلاثة المستقر عليها الرأى ، فاننا لا نجد أى محل للوقوف عندها طويلا فى هذا البحث المتخصص ، إذ من السهل الالمام بها بمجرد الرجوع إلى الغالبية العظمى من أمهات كتب القانون الرومانى .

ولذلك فان عرضنا لها سيكون من قبيل التذكرة بها ، ولن يتركز اهتمامنا بصددها الا على ما قد تثيره من أفكار محل خلاف بين الشراح .

هذا ويلاحظ أن من بين هذه الشروط الثلاثة ، يوجد شرطان بينهما ارتباط وثيق . فاذا كان كل تجديد يتطلب تعهداً صحيحاً ، فانه يقتضى بناء على هذا الشرط ذاته أن يحتوى على عنصر جديد . فلو فرضنا أن التعهد الرسمى لا يتضمن أى شىء جديد ، وأنه مجرد تكرار لتعهد سابق ، اعتبر مثل هذا التعهد ، ولهذا السبب ذاته ، غير مفيد وباطل .

وإذا كنا نجد فى كل تجديد عنصراً يتغير ، فان هناك عنصراً يبقى . لأن التجديد ، كما سبق أن قلنا هو تغيير لالتزام سابق . وهذا هو الشرط الثالث الذى يتطلبه جايوس : فكل تجديد عبارة عن تعهد بدين stipulatio debiti ، ومحله بالضرورة شىء واجب الأداء من قبل .

٥ — الشرط الأول : التعهد الرسمى stipulatio (٢١)

سبق القول بأن التجديد يقوم بتأدية وظائف غاية فى التنوع . بيد أنه أيا كان الغرض الذى يسعى إلى تحقيقه ، فان شكله كان واحداً لا يتغير ، وهو الصيغة الارتسامية للعقد الشفوى أى التعهد الرسمى . ولكى نفهم استعمال

(٢١) أنظر الدراسة المستفيضة للتعهد الرسمى فى مؤلفنا « موجز نظرية الالتزام فى القانون الرومانى » ، ١٩٦٤ — ١٩٦٥ ، ص ٥٦ — ٧٣ .

التعهد فى هذا المجال الخاص ، نجد أنه من الضرورى تقديم بعض الملاحظات العامة عن التعهد الرسمى .

فى روما ، كان التعهد الرسمى أكثر العقود استعمالا فى التجارة وفى علاقات الحياة المدنية ، وذلك بسبب طابعه التجريدى الذى جعل منه أداة سهلة وقيمة . فالتعهد الرسمى كان عقداً شفوياً ومجرداً عن سببه ، يلتزم فيه شخص(ويسمى بالمتعهد أو الواعد) بموجب عبارته ، بما يعرضه عليه شخص آخر (يعرف باسم الموجب أو طالب التعهد) الذى يسأله إذا كان يعد بالقيام بعمل من الأعمال . فصيغة التعهد اذن عبارة عن تبادل عبارات معينة بين الدائن والمدين أو حوار محدد بينهما . فالدائن يسأل مدينه : « هل تعد ؟ spondes » ، فيجيب المتعهد عن ذلك بأن يستعمل بدوره الفعل ذاته « نعم أعد spondeo » . فكان يتعين أن يستعمل فعل « spondere أى يعد » فى عبارة كل من العاقدين . ثم حدث تطور فى هذا المجال ، وجاز استعمال أفعال أخرى تدل على نفس المعنى . ومن ذلك فعل « يعطى dare » وفعل « يعطى كلمة promittere » . وهكذا انتهى الأمر بجواز أن تكون صيغة السؤال كما يأتى : « أفستعطى ؟ dabis » ، أو « هل تعطى كلمة ؟ promittis » ، ويجيب المتعهد على الترتيب : « نعم سأعطى dabo » ، أو « نعم سأعطى كلمة promitto » .

ولقد استلزم القانون الرومانى شرط الشفوية فى التعهد الرسمى حتى نهاية العصر العلمى . أما فى عصر الامبراطورية السفلى ، فلقد تقررت صحة انعقاد التعهد بأية عبارة Quibuscumque verbis يستفاد منها رضاء المتعاقدين ، وذلك بمقتضى قانون أصدره الامبراطور ليون فى عام ٤٧٢ م . ولقد أخذ الامبراطور جستينيان بهذا القانون القاضى بتغليب المعانى على الألفاظ ، والاكتفاء بوجود اتفاق بين الطرفين يدل على تراضيهما أيا كانت العبارات المستعملة ، وأصبح رضاء الطرفين الشرط الأساسى لانعقاد التعهد . وكانت تتضمنه فى العادة وثيقة مكتوبة ، الا أن ذلك ليس شرطاً ضرورياً .

ومن ثم صار التعهد يختلف عن العقد الرضائى من ناحية واحدة ، وهى أن العقد الرضائى يمكن انعقاده فى بعض الأحيان ضمنياً ، وهذا غير جائز بالنسبة للتعهد . صحيح أن التعهد لم يعد يتطلب النطق بألفاظ معينة ، الا أنه لا يمكن انعقاده دون الاعلان الصريح عن الارادة أيا كان شكله . ويترتب على ذلك أنه قد أصبح من الممكن تسمية كل اتفاق تعهداً stipulatio . وقضى بذلك على نموذجية العقد فى القانون الرومانى . وفى الواقع أن التعهد صار هو العقد الرومانى بوجه عام ، وهو الأصل التاريخى للعقد فى عصرنا الحاضر .

أما من حيث نطاق تطبيق التعهد الرسمى ، فلقد كان واسعاً جداً ، وتنوع مضمونه تنوعاً كبيراً . ولقد كان التعهد الرسمى يعتبر قالباً عاماً تفرغ فيه سائر أنواع المعاملات ، سواء فى مجال المعاوضات أو التبرعات . فاذا ما أريد تزويد الاتفاق ، أيا كان نوعه بدعوى من دعاوى القانون وجعله ملزماً ، فانه كان يكفى الباسه رداء التعهد . بل ولقد كان كثيراً ما يلجأ الأفراد إلى الباس عقد موجود من قبل شكل التعهد للاستفادة من الطبيعة التى تتميز بها الدعوى الناشئة عن التعهد . فالتعهد كان يستخدم فى هذه الحالة الأخيرة لتغيير طبيعة عقد موجود من قبل وتحويله إلى عقد من عقود القانون الضيق . ومن المعلوم أن القاضى لا يتمتع بسلطة التقدير فيما يتعلق بالتزامات القانون الضيق وبالتالى لا يستطيع أن يفسرها تفسيراً واسعاً لمصلحة المدين . وهكذا يتأكد كل من المتعاقدين من أن التزاماتهم ستنفذ كما هى دون تغيير فيها .

ولقد سبق القول أن هذه هى الحالة الأخيرة من بين الحالات العديدة لاستعمال التجديد . فالدائن يقوم بابرام تعهد رسمى يتضمن ما هو مستحق له نتيجة أحد مصادر الالتزام الأخرى ، ونقول أنه «جدد» دينه أى أنه انقضى فى سبيل الحصول على دين جديد : فالدائن عندما يقوم بمقاضاة مدينه ، فان التعهد الرسمى هو الذى سيمثل نقطة بداية له . ولن يرجع إلى ما تم قبل ابرامه ، ما دام أن التعهد الرسمى يكفى فى ذاته ، وهو مستقل

عن كل ما سبقه . وحق الدائن الذى كان قائماً قبل التعهد يصبح اذن لا طائل تحته من وجهة نظر القانون الشكلى والضيق . والحق الذى يصبح لا جدوى منه يعد غير موجود .

هذا ، والتعهد الرسمى الذى يبرم من أجل التجديد يطلق عليه اسم التعهد التجديدى ، كما أوضحنا من قبل . وهو يقضى التزاماً قديماً وينشىء التزاماً جديداً يحل محل الالتزام القديم . وفى تقدير البعض ، أنه تتعين الاشارة فى التعهد التجديدى إلى الالتزام الأول بدقة ، كما فى الأمثلة الآتية :

– هل تعد باعطاء المائة آس المستحقة عليك عن طريق القرض ؟

Centum sestertios quos mutuos tibi debi dari spondes?

– هل تعد باعطاء المائة آس التى يتعين على تيتيوس الوفاء بها لى ؟

Centum sestertios quos L. Titius mihi debet dari spondes?

– هل تعد باعطائى المائة آس التى تعهد سيوس بها لك ؟

Centum sestertios quos C, Seius a te stipulatus est mihi darı spondes?

وسوف نناقش مدى صحة هذا الرأى فيما بعد .

ويسرى التجديد على كل أنواع الالتزامات ، عدا تلك الناشئة عن الجريمة. ويجوز أن يكون الالتزام الأول ناقصاً وحتى طبيعياً . كما يجوز تجديد الالتزام الناشىء عن الوصية ببعض المال فى صورة الأمر والالزام legatum per damnationem . بيد أنه يشترط أن يكون الالتزام الأول صحيحاً لكى يتحقق التجديد .

وفيما يتعلق بنشأة الالتزام الجديد Nova obligatio فانه يتولد عن التعهد الرسمى كما سبق القول. ولا يهم ما إذا كان من الممكن أن يشل عن طريق الدفع (٢٢) لو قام القاصر مثلا بابرام تعهد رسمى ليحل محل المدين القديم

---

(٢٢) أنظر بولص فى الموسوعة : ٤٦ ، ٣ ، ٩١ .

expromissio ، بدون اذن الوصى sine tutoris auctoritate مخالفاً بذلك قرار مجلس الشيوخ المقدونى (٢٣) ، أو أبرمت امرأة تعهداً رسمياً تلتزم فيه بالوفاء بدين الغير intercessio على نقيض قرار مجلس الشيوخ الفيلينى sc. Velléin (٢٤). أما إذا لم يكن يوجد سوى مجرد أمل spes debitum iri كما هو الشأن فى الالتزام المعلق على شرط ، فان التجديد لا يتحقق الا عند تحقق الشرط .

ولقد كان الفقيه سرفيوس سيلبيسيوس أقل تشدداً : فكان يكتفى ، لا نقضاء الالتزام الأول ، بتعهد رسمى صحيح من حيث الشكل ، حتى ولو لم يكن الالتزام تاماً (التزام معلق على شرط) أو كان باطلا (استبدال المدين expromissio الذى يتم بواسطة عبد) . ولم يكتب لهذا الرأى الغلبة (٢٥) .

والسؤال الآن هو: هل يمكن أن يتحقق التجديد عن طريق عمل قانونى آخر غير التعهد الرسمى stipulatio ، مثل العقد الكتابى المسمى Nomen transscripticium ، أو مشارطة التجديد Constitutum والاشهاد على الخصومة litis contestatio .

٦ — (أ) ففيما يتعلق بالعقد الكتابى المسمى Nomen transscripticium أو expensilatio (٢٦) ، من المعلوم أن رب الأسرة الرومانى اعتاد ، منذ نهاية العصر الجمهورى ، على كتابة تصرفاته . فكان يقوم بمسك دفتر حساب

(٢٣) أنظر بمبنيوس فى الموسوعة : ١٤ ، ٦ ، ٢٠ .

(٢٤) أنظر أولبيانوس فى الموسوعة : ١٦ ، ١ ، ٨ ، ١١.

(٢٥) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٩ .

(٢٦) أنظر كل مايتعلق بموضوع العقود الكتابية contractus Litteris بصفة عامة ، والعقد الكتابى المسمى expensilatio فى مؤلفنا « موجز نظرية الالتزام فى القانون الرومانى » . ١٩٦٤ — ١٩٦٥ ، ص ٧٤ وما بعدها .

يثبت فيه الحالة المالية للأسرة ، ببيان كل العمليات القانونية التى يباشرها والتى تؤثر فى الجانب الايجابى أو السلبى لذمته المالية . ذلك أنه كان يقيد ملخصاً لهذه العمليات كل يوم فى دفتر يعرف باسم adversaria أى دفتر اليومية :

وفى نهاية كل شهر ، كان يقوم بنقل العمليات القانونية المختلفة التى أجراها طيلة الشهر والتى دونها فى دفتر اليومية ، فيما يسمى بدفتر الخزانة Codex accepti et expensi . وهو يعتبر بمثابة سجل للايرادات والمصروفات الشهرية . وكان عبارة عن مجموعة من الصفحات التى تقسم كل منها إلى عمودين متقابلين أحدهما للايراد accepta يقيد فيه المبالغ التى تدخل ذمة رب الأسرة ، والآخر للمنصرف expensa يقيد فيه المبالغ التى تخرج من ذمته ، ومنه اشتقت كلمة expensilatio التى تطلق على العقد الكتابى موضوع البحث .

وكان هناك نوعان من القيود الواردة فى دفتر الخزانة :

النوع الأول ، وهو المعروف باسم nomina arcaria أى بيانات الخزانة . وهو يقتصر على بيان العمليات التى تمت فعلا مثال ذلك : « استلمت مائة آس من تيتيوس » ، أو « أعطيت مائة آس إلى تيتيوس بمقتضى عقد البيع » . فهو لا يتعلق بعمليات منشئة للالتزام ، بل يقتصر على مجرد اثبات التزامات لا تنشأ عن القيد الوارد بالدفتر بل ترجع إلى مصادر أخرى .

والنوع الثانى المسمى nomina transscripticia ، وهو الذى تتولد عنه الالتزامات . فهو يتعلق بمجموعة من الأحوال التى تنشأ فيها التزامات عن العبارات المدونة nomina transscripticia أى التزامات كتابية . ويقتصر أثر الكتابة فى هذه الأحوال على مجرد استبدال التزام بآخر . فهى لا تنشىء الالتزامات بداءة ، أى التزامات لم تكن موجودة من قبل ex nihilo . بل تهدف إلى احداث استبدال فى الالتزام القائم فعلا بتغيير صفته :

وهذا النوع الثانى من القيود هو الذى يهمنا فى مجال التجديد . وله صورتان :

وتسمى الصورة الأولى transscriptio a persona in personam أى النقل من شخص إلى شخص . فهى عبارة عن تغيير فى أشخاص العملية القانونية ، وذلك باستبدال الدائن أو المدين . فلو فرض أن الأمر يتعلق بتجديد الدين بتغيير شخص الدائن ، ومثال ذلك : أن رب الأسرة «أ» دائن لشخص «ب» بمائة آس ، وأن «ب» دائن بدوره لشخص آخر «ج» بنفس القيمة . وجد الرومان فى هذه الحالة أنه يمكن تفادى حركة غير مفيدة للنقود ، وذلك بالالتجاء إلى عمل قانونى يعرف فى الوقت الحاضر باسم الانابة . وعلى ذلك فان «ب» ، وهو مدين «أ» ودائن «ج» يصدر أمراً إلى مدينه «ج» بدفع المائة آس إلى دائنه «أ» . وبمجرد تدوين عبارة فى دفتر المناب لديه «أ» (وهو الشخص الذى يستفيد من الأمر الذى يصدره «ب» ، وهو المنيب، إلى «ج» وهو «المناب» ، إذا ما استخدمنا اللغة القانونية الحديثة، يؤدى إلى انعقاد العقد الكتابى . فاذا ما رصد رب الأسرة «أ» فى عامود الايراد accepta بدفتر حسابه ، المبلغ على أنه قد دفعه اليه مدينه «ب» (وهذا قيد صورى يهدف إلى ابراء ذمة «ب» من الدين) ، ثم رصد فى عامود المنصرف expensa نفس المبلغ على أنه قد دفعه إلى مدين مدينه ، وهو «ج» ، فان مجرد هذا القيد الكتابى يجعل «ج» مديناً لرب الأسرة «أ» بدلا من مدينه «ب» .

ولا شك أن كلا من الطرفين الآخرين ، وهما «ب» و «ج» يثبت بدوره فى دفتر حسابه عبارات مقابلة للعبارات الواردة فى دفتر الطرف الأول «أ» . وهكذا عن طريق الكتابة ، ينشأ عقد كتابى ، ويتولد عنه التزامات . وتتغير العلاقات القانونية الموجودة من قبل ، مادام أن التزاماً ينقضى ، وهو الالتزام الموجود فى ذمة الطرف الثانى «ب» وأن التزاماً آخر ينشأ فى ذمة الطرف الثالث «ج» الذى يصبح مديناً للطرف الأول «أ» .

هذا عن الصورة الأولى للعقد الكتابى المسماة «النقل من شخص إلى شخص
"Nomina transscripticia a persona in personam"

أما بالنسبة للصورة الثانية له والمساة « نقل الأداء transscriptio are in personam » ، فهى تتضمن احداث تغيير ، لا فى شخص المتعاقدين ، بل فى العلاقة القانونية . فتحول إلى التزام كتابى التزاماً موجوداً من قبل ، ولكن كانت له طبيعة أخرى . فلو فرض مثلا أن الطرف الأول primus باع عبداً إلى الطرف الثانى secundus ، فان الطرف الثانى يلتزم بمقتضى عقد البيع بدفع الثمن . وهذا الالتزام يعتبر من التزامات حسن النية ، لأن البيع من عقود حسن النية . ورغبة فى اضفاء المزيد من الضمانات على دينه ، فان الطرف الأول يسعى إلى أن يكون دائناً بمقتضى عقد من عقود القانون الضيق . ومما لا شك فيه أنه يستطيع أن يلجأ ، فى سبيل ذلك ، إلى التعهد الرسمى ، حيث أن احدى الحالات التى يستخدم فيها هذا التصرف القانونى هى ، كما سبق أن بينا ، ادخال التزام موجود من قبل فى عداد التزامات القانون الضيق . بيد أن استخدام التعهد الرسمى ليس فى الامكان دائماً ، كما لو لم يوجد الطرفان فى نفس المكان ، ولا يستطيع أحدهما أن يقابل الآخر . فالأصل أن التعهد الرسمى غير ممكن حينئذ كقاعدة عامة .

ومن ثم يتعين الالتجاء إلى الوسيلة التى يقدمها العقد الكتابى ، وهى الكتابة فى الدفتر . فيكتب الطرف الأول فى عامود الايراد من دفتر الخزانة : « المدفوع من الطرف الثانى مائة بمقتضى البيع acceptum a secundo centum ex vendito . وهذا قيد صورى ما دام أنه لم يقبض المائة آس حقيقة . ولكن يترتب عليه انقضاء الدين الموجود فى ذمة الطرف الثانى بسبب البيع . ثم أنه لكى ينشىء الطرف الأول التزاماً كتابياً نتيجةللقيد، فانه يكتب فى عامود المنصرف « المدفوع إلى الطرف الثانى مائة expensum a secundo centum

وهكذا يجد الطرف الثانى ذمته مبرأة من الالتزام الناشىء عن عقد البيع ، وهو من التزامات حسن النية ، ولكن يقع على عاتقه التزام آخر تولد من الكتابة فى الدفتر وحل محل الالتزام القديم ، وهو من التزامات القانون الضيق .

وغنى عن البيان أن الطرف الثانى يقوم من ناحيته بالاشارة فى خانة الايراد من دفتره أنه تسلم مائة آس من الطرف الأول : acceptum a « primo centum » ، بعد كتابته فى خانة المنصرف هو أيضاً أنه دفع مائة إلى الطرف الأول بسبب البيع . وهذا القيد بدوره صورى ، ولكن بمقابلته بقيد الدائن ينقضى الالتزام الناشىء عن عقد البيع .

ويبين من كل ما تقدم أن العقد الكتابى المسمى nomen transscrip ticium أو expensilatio يحقق نفس الآثار التى يرتبها التجديد ويؤدى إلى نفس النتيجة . بيد أنه لا يمثل تجديداً novatio بالمعنى الدقيق (٢٧) لأنه ليس له خصائصه أو هيكله الفنى ، وسيان فى ذلك تم العقد الكتابى فى صورة نقل الأداء a re in personam أو فى صورة النقل من شخص إلى شخص a persona in personam . وهذا مفهوم مادام أن العقد الكتابى المذكور كان وليد حياة عملية سابقة على النظام الذى اتخذه التجديد فى العصر العلمى . ففى تقديرنا إذن أن التجديد الرومانى كان لا يتحقق الا عن طريق التعهد الرسمى (٢٨) .

٧ — (ب) وبخصوص مشارطة التجديد pactum de pecunia constitutm ، فانها كانت تدخل فى عداد الاتفاقات البريتورية ، وهى الاتفاقات التى حماها البريتور بدعوى واقعية (٢٩) .

---

(٢٧) أنظر :

P. Gide, Etudes sur la novation et le transport des creances, p. 216.

وأنظر رأياً مخالفاً لذلك :

E. Cuq, manuel des institutions juridiques des Romains, p. 616.

(٢٨) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٦ وما بعدها .

(٢٩) أنظر تفصيل هذا الموضوع فى مؤلفنا : موجز نظرية الالتزام فى القانون الرومانى ص ١٨٩ وما بعدها .

ولقد كانت هذه المشارطة فى الأصل عبارة عن اتفاق يلتزم بمقتضاة أحد الأفراد بالوفاء بدين موجود فى ذمته عند أجل معين . فهى لا تنشىء بداءة ex nihilo علاقة قانونية ، بل تفترض وجود التزام سابق عليها . وهى تؤدى إلى جعل هذا الالتزام أكثر حرفية فى التنفيذ بسبب تحديد أجل الوفاء به . ولقد تقررت لهذه المشارطة دعوى واقعية منذ نهاية الجمهورية .

وكانت وظيفة مشارطة التجديد تختلف بحسب ما إذا كانت تنعقد بين الدائن والمدين ، أو تتم مع شخص لم يكن طرفاً فى الالتزام الأول .

ويطلق على الصورة الأولى اسم الاقرار بالدين . وهى كانت بمثابة وسيلة لمنح المدين أجلا للوفاء . وكان يمكن استخدامها أيضاً كأداة للتجديد ، وهذا مشابه بعض الشيء لما سبق أن رأيناه فى مجال العقد الكتابى expenislatio فى صورة نقل الأداء transscriptio a re in personam فكان من المستطاع تزويد الالتزام الناقص مثلا (الالتزام الطبيعى) بدعوى ناشئة عن تلك المشارطة . فلقد حدث تطور فى هذا المجال ، وأصبح من الممكن عن طريقها أن يتحول التزام طبيعى مفتقر إلى جزاء إلى التزام مدنى ، وأن يتحول التزام مبنى على حسن النية إلى التزام يدخل فى عداد التزامات القانون الضيق ، تماماً كما هو الشأن فى العقد الكتابى .

وتعرف الصورة الثانية باسم الحمالة بدين الغير . ولها وظيفتان متميزتان :

فمن ناحية ، يمكن بموجبها تغيير شخص المدين ، أى اجراء تجديد باستبدال المدين . فالشخص الذى يعقد مشارطة التجديد يبرىء ذمة المدين القديم .

ومن ناحية أخرى ، فان المشارطة يمكن أن تنعقد مع أحد الأغيار بقصد ضم ذمته إلى ذمة المدين الأصلى زيادة فى ضمان تنفيذ الالتزام ، وتحقيق ما يسمى بالكفالة .

وكما هو واضح مما سبق ، فان مشارطة التجديد constitutum كان

من الممكن أن تحقق بعض النتائج التى يرمى اليها التجديد الرومانى novatio : بيد أننا نكرر هنا ما سبق أن قلناه بصدد العقد الكتابى expensilatio . فالأمر لا يتعلق بنظام التجديد بمفهومه الفنى الدقيق ، الذى يتطلب شروطاً معينة لا تتوافر فى هذه المشارطة .

٧ — (ج) وبالنسبة للاشهاد على الخصومة litis contestatio ، فهو العمل الاجرائى الذى كانت تختتم به المرحلة الأولى من مرحلتى الدعوى ، ويخضع بمقتضاه الطرفان المتنازعان لحكم القاضى iudex : ففى ظل نظام دعاوى القانون ، كان المتنازعان فى خصومة قضائية يحضران أمام البريتور ، الذى يقوم بسماع ادعاءاتهما وفقاً لألفاظ محددة ، واجراءات وطقوس مقررة من قبل القانون . ثم يطلب منهما اختيار قاض. وأخيراً يشهد الحاضرين على اتفاق الطرفين على اختيار القاضى الذى سيفصل فى النزاع ، وهذا هو ما يعرف باسم الاشهاد على الخصومة . وتختتم بذلك المرحلة الأولى للدعوى المسماة in iure أى المرحلة التى تتم أمام البريتور .

وغنى عن البيان أن المرحلة الثانية تتم أمام القاضى ، ولذلك تسمى apud judicem . وتنتهى بصدور الحكم بعد أن يستمع القاضى لحجج كل من المتخاصمين .

ولقد استبدل قانون ايبوتيا Lex Aebutia وقانون جوليا Lex julia نظام المرافعات الكتابية أو دعاوى البرنامج actiones per formulas بنظام دعاوى القانون . وهو يعفى المتقاضين من أداء الطقوس والاجراءات الشكلية ، ومن التقيد بألفاظ رسمية محددة . فالبريتور يصوغ ادعاءاتهما ، بعبارات عادية ، فى برنامج يرسله للقاضى . ويلاحظ مع ذلك ، أن الدعوى مازالت تمر بالمرحلتين السالفتى الذكر .

وبمقارنة التجديد بالاشهاد على الخصومة ، فانه يقال أن هناك نوعاً من التشابه بينهما . ذلك أنه باقامة الدعوى المتضمنة للحق المدعى به ، أى بصبه

فى الصيغة القضائية ، فان الدائن يجدده ، تماماً كما يحدث عندما يصب هذا الحق فى صيغة التعهد . فالاشهاد على الخصومة يؤدى بالتالى إلى استبدال علاقة جديدة بأخرى تنقضى . ولقد اعتبره جايوس من بين طرق انقضاء الالتزام (٣٠) .

وفى ظل نظام دعاوى البرنامج ، فان كل التزام أيا كانت طبيعته ، إذا ما أثير حوله خصومة قضائية ، يؤدى إلى الحكم بمبلغ من النقود . فمضمون الالتزام الذى يتولد عن الاشهاد على الخصومة إذن واحد دائماً ، وهو ينشأ بالضرورة . وربما يرجع إلى هذا سبب حديث الشراح فى هذه الحالة عن وجود تجديد ضرورى أو قانونى . ويقصد بأن الاشهاد على الخصومة ضرورى أو قانونى ، أن مضمون الالتزام الناشىء عنه Obligatio ex litis contestatione مقرر بطريقة واحدة بمقتضى القانون ، ومستقل فى ذلك عن تحديد الطرفين . هذا برغم أن الاشهاد على الخصومة يحدث دائماً ، كما سبق أن بينا ، نتيجة للاتفاق الحر بين الطرفين .

وفى تقديرنا أن تشبيه التجديد بالاشهاد على الخصومة لا يستند إلى أساس سليم . ذلك أنه يتعين ، بالنسبة للاشهاد على الخصومة ، التنويه عن الشىء المستحق ذاته . فذكر شىء آخر aliud يؤدى إلى البطلان ، كما أن المطالبة بأكثر من المستحق plus تؤدى إلى اعتبار الدعوى مبالغاً فيها plus petitio . وهذا على خلاف التجديد الذى يعتبر العنصر الجديد aliquid novi من بين شروطه الأساسية كما سيلى . فمجرد تكرار مضمون التعهد الأول فى التعهد الثانى دون ادخال أى تعديل لا يترتب عليه انقضاء الالتزام الأول بل بطلان التعهد الثانى .

ومن ناحية أخرى ، فانه يتعين صدور الحكم فى مواجهة أطراف

---

(٣٠) نظم جايوس : ٣ ، ١٨٠ .

العلاقة الالزامية الأصلية ذاتهم (باستثناء حالات النيابة) . أما التجديد فانه يمكن أن يتم بتغيير الطرفين .

ثم أنه توجد بالضرورة فى كل دعوى قضائية علاقة ما بين الرابطة الأصلية والتصرف القانونى أو الواقعة القانونية التى تستخدم كأساس للدعوى Causa petendi . مثال ذلك : لقد بعت وأرفع الدعوى بمقتضى البيع ex vendito . وهذا بخلاف التجديد الذى يسمح ، عن طريق التعهد الرسمى باستبدال translatio التزام سابق prior obligatio يمكن أن تكون طبيعته غاية فى التنوع .

وأخيراً ، فانه ما كان يترتب على الاشهاد على الخصومة سقوط الضمانات التى كانت تكفل الالتزام . فلقد كان الفقه يميل إلى تجنب كل ما يؤدى إلى التغيير من الوضع الاقتصادى للطرفين المتخاصمين عند بدء الخصومة القضائية . ومن ثم يبقى الرهن ، والامتيازات المقررة Privilegia exigendi ، والالتزام بدفع الفوائد . وهذا بخلاف التجديد الذى يؤدى إلى زوال جميع التأمينات العينية والشخصية ، وتتوقف الفوائد عن السريان (٣١) .

ولا شك أن جايوس قد أصاب بتمييزه ما بين التجديد والاشهاد على الخصومة ، رغم أنه يتكلم عن الاشهاد على الخصومة فور انتهائه من التجديد. ذلك أن كلا منهما يمثل نظاماً مختلفاً ، كما ذكرنا .

هذا ومن الجدير بالذكر أن الاشهاد على الخصومة ، باعتباره عملا اجرائياً شكلياً ، قد فقد ، فى قانون جستينيان ، كل طابع انقضائى أو استبدالى للعلاقة المعروضة أمام القضاء. ولم يعد يعتبر من بين أسباب انقضاء الالتزام tollitur obligatio ، كما هو موضح فى كتاب النظم لجستينيان (٣٢) . وأصبح مجرد لحظة فى الدعوى .

---

(٣١) الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ٦٠ : ٤٦ ، ٢ ، ١٨ .

(٣٢) نظم جستينيان : ٣ ، ٢٩ .

٨ – الشرط الثانى : وحدة الدين **idem debitum** .

يجب أن يكون محل الالتزام القديم والالتزام الجديد موحداً . فالتجديد الرومانى ، بحسب تعريفه ، هو نقل translatio محل التزام سابق إلى التزام آخر ، أو تحويل transfusio دين قديم إلى دين جديد (٣٣) . فيتعين إذن أن يكون موضوع التعهد الرسمى هو الدين القديم idem debitum .

وتوجد هنا سمة أخرى يتميز بها التجديد فى القانون الرومانى فى العصر العلمى ، عن التجديد فى القانون الحديث . فلا يمكن أن نجرى تجديداً رومانياً عن طريق تغيير المحل ، كما لو تعهد أحد الأفراد للطرف الثانى Secundus بناء على أمر الطرف الأول Primus بحق الانتفاع الذى سبق أن تعهد به لهذا الأخير . ذلك أنه يوجد هنا حقان مختلفان للغاية ، برغم أنهما من نفس الطبيعة وبرغم أنهما يردان على قطعة أرض واحدة . فاحدهما ينقضى عند وفاة الطرف الأول Primus ، بينما ينقضى الآخر بوفاة الطرف الثانى .

ومع ذلك ، فلقد حمى القانون البريتورى التجديد بتغيير المحل ، وذلك عن طريق الدفع بالاتفاق exceptio pacti . فضلا عن أنه لم يعد يتطلب هذا الشرط بدرجة كبيرة من التشدد فى نهاية العصر العلمى . إذ يمكن ، وفقاً لرأى بابينيانوس (٣٤) ، اجراء التجديد بواسطة التعهد بالقيمة المالية للالتزام القديم quanti fundus est . وهذا الاستحداث لا يتسم بالعمق الكبير ، مادام أنه فى ظل نظام دعاوى البرنامج actiones per formulas ، كما سبق القول ، كان كل التزام

---

(٣٣) أنظر بمبونيوس : الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ١ أولبيانوس : الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٤ .

(٣٤) بابينيانوس : الموسوعة : ٢٦ ، ٩ ، ٥ ، ٢٨ .

كان كل التزام يؤدى إلى حكم مالى . فبابينيانوس يرخص للطرفين بأن يجريا مقدماً ما كان سيجريه القاضى لو كانت هناك دعوى .

وفى قانون جستنيان ، أعترف بالتجديد بتغيير محل الدين فى حالات معينة (٣٥) .

٩ — الشرط الثالث : العنصر الجديد Aliquid novi

يعتبر العنصر الجديد الذى يتضمنه الالتزام الثانى أحد الشروط الرئيسية للتجديد الرومانى . فالقانون الرومانى فى العصر العلمى كان يتطلب أن يتضمن التعهد التجديدى فى ذاته عنصراً جديداً . ويمكن أن يتعلق هذا العنصر بأشخاص الالتزام القديم أو بمضمونه . ويتحدث فى الحالة الأولى عن التجديد الشخصى ، بينما يطلق على الفرض الثانى اسم التجديد الموضوعى .

١٠ — (أ) ويقصد بالتجديد الشخصى ، استبدال شخص بآخر . ويمكن أن يكون ايجابياً أو سلبياً ، بحسب ما إذا كان المستبدل هو الدائن أو المدين . ويكون التجديد فى الصورة الأولى احدى وسائل تحقيق الانابة الايجابية delegatio crediti . ويستلزم هذا النوع من الانابة موافقة الدائن الأول . وبتعبير آخر ، فان الدائن القديم يوافق على أن مدينه يتعهد فى مواجهة دائن جديد . وكانت هذه الطريقة تستخدم فى سبيل اجراء حوالة الحق .

أما التجديد فى الصورة الثانية ، وهى صورة تغيير المدين ، فمن أمثلتها التى أوردتها النصوص :

هل تعد باعطائى ما هو فى ذمة الطرف الأول لى ؟

Quod primus mihi debet, mihi dari spondes ?

وهى وان كانت تتم عادة بناء على طلب المدين الأول ، فانها لا تتطلب

(٣٥) مجموعة دساتير جستينيان : ٨ ، ٤١ ، ٨ .

موافقته بالضرورة . فيمكن أن تنشأ بدون علمه ، بل وضد رغبته (٣٦) . فلو فرض أن الطرف الأول Primus مدين للطرف الثانى Secundus ، ويقوم طرف ثالث Tertius بالتعهد بنفس الدين للطرف الثانى بناء على دعوة jussus الطرف الأول ، فان التجديد هنا يكون احدى وسائل تحقيق ما يسمى بالانابة السلبية delegatio debiti . ويمكن أيضاً أن يتعهد المدين الجديد مكان المدين القديم بدون دعوته jussus ، وتبرأ ذمته بالتالى حتى إذا لم يبد موافقته على ذلك . ويقول الشراح أننا فى هذا الفرض بصدد ما يسمى بالتعهد بالوفاء أو استبدال المدين ex promissio(٣٧) .

١١ — وهناك أوجه شبه ما بين الانابة السلبية وبعض النظم الرومانية الأخرى ، ومنها التضامن السلبى . ولذلك فانه يلجأ إلى الوسائل التفسيرية المتنوعة للتمييز بينها . فمن المعلوم أن التضامن السلبى يمكن أن ينشأ فى القانون الرومانى بطرق ثلاث على النحو التالى :

(أ) "يامافيوس ، هل تعد باعطاء أرض كورنيليا ؟
"Maevi, fundun C. dari spondes ?

فيجيب مافيوس : « نعم أعد spondeo » . ثم يوجه طالب التعهد نفس السؤال إلى سيوس ، قائلا : "ياسيوس ، هل تعد باعطاء أرض كورنيليا هذه ؟

"Sei, eundem fundum C. dari spondes ?

فيجيب سيوس : « نعم أعد spondeo » . ويلاحظ ، كما يقول كتاب النظم لجستينيان (٣٨) ، أن كلا منهما يجيب على انفراد duo rei separatim respondent

(٣٦) أولبيانوس فى الموسوعة : ١٦ ، ١ ، ٨ ، ٥ .

(٣٧) أن لفظ expromittere لايحتوى على أية دلالة فنية . أنظر أولبيانوس فى الموسوعة : ٣٩ ، ٥ ، ١٩ ، ٤ ؛ ١٦ ، ١ ، ٨ ، ٨ .

(٣٨) نظم جستينيان : ٣ ، ١٦ ، فاتحة .

(ب) "يامافيوس وياسيوس ، هل تعدان باعطاء أرض كورنيليا ؟"

فيجيب مافيوس وسيوس معاً : « نعد spondemus » . فهنا ، كما يقول أولبيانوس (٣٩)، يجيب المتعهد ان معاً duo rei simul spondent

(ح) "يامافيوس وياسيوس ، هل تعدان باعطاء أرض كو نيليا ؟
"Maevi et Sei, fundum. C. dari spondetis ?

فيجيب مافيوس : « أعد Maevius : spondeo » ويليه سيوس قائلا « أعد Seius : spondeo » .

وهذه صيغة مختلطة يشير اليها بمبونيوس (٤٠) .

ولا شك أن هناك بعض التماثل بين هذه الصيغ ، والصيغ الخاصة بالتجديد . ويحاول فريق من الشراح التميز بينهما على أساس أن التعهد التجديدى معنون ، كما فى المثال الآتى :

"هل تعد باعطاء قطعة الأرض ، التى يتعين على تيتيوس اعطاؤها لى ؟
"Fundum, quem mihi Titius debet, dari spondes ?

ولكن أساس التميز هذا ليس سليما فى تقديرنا . ذلك أن المدين الجديد يظل ملتزماً بصرف النظر عما إذا كان الالتزام الأول موجوداً أو صحيحاً . ومن ثم فإن العنوان يمكن أن يكون مجرد بيان خاطىء Falsa demonstratio. هذا ويعتمد أولبيانوس فى التميز بينهما على أساس ما يرمى اليه الطرفان .

"in duobus reis promittendi frusta timetur novatio..., cun hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur."

---

(٣٩) الموسوعة : ٤٥ ، ٢ ، ٣ فاتحة .
"parvi refert, simul spondeant an separatim promittant"

(٤٠) الموسوعة : ٤٥ ، ٢ ، ٤ .

ومن ناحية أخرى ، فانه يمكن الاهتداء بدلالات خارجية ، ترجح افتراض التضامن وليس التجديد : فالتضامن ينشأ عن تعهدات تتابع عادة فوراً (٤١) . بينما التجديد يتم ، كقاعدة عامة ، بعد مضى فترة من الوقت على انشاء الالتزام الأول Prior obligatio . إذ قلما يحدث أن يراد تغيير المدين فور ابرام التعهد الأول stipulatio . فالأمر يتعلق بدلالات يمكن استقاؤها من الخبرة وواقع الحياة العملية ، قد تساعد المفسر على تكييف الحالة التى أمامه .

١٢ — وهناك أوجه شبه أيضاً بخصوص ما يعرف باسم الالتزامات بالضمان . غير أن صعوبة التفرقة تزداد هنا ، نتيجة لأنه من الممكن أن تنشأ بدورها بعد فترة طويلة من نشأة الالتزام الأصلى (٤٢) .

وهذه حالة مختلفة تستحق الوقوف عندها ، وتحليلها على ضوء نص الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٨ ، ٥ :

> "Si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore dotis nomine stipulatus sit, non duplari dotem, sed fieri novationem placet, si hoc actum est (٤٣) quid enim interest, ipsa an alius quilibet promittat?"

يقول أولبيانوس «إذا قام الزوج ، بعد أن تعهد له الغير بتقديم دوطة ، بابرام تعهد رسمى مع الزوجة على سبيل الدوطة ، فان الدوطة لا تضاعف ؛ بل يتحقق التجديد ، إذا كان ذلك هو نية الطرفين : لأنه ما هو الفارق بين ما إذا قامت هى نفسها أو الغير بالتعهد ؟»

واضح أن هذا النص يعالج فرضاً مؤداه أن الزوج يشترط على الغير بتقديم الدوطة ؛ ثم تقوم الزوجة بعد ذلك بالتعهد للزوج بنفس الشيء

(٤١) الموسوعة : ٤٥ ، ٢ ، ٦ ، ٣ وأنظر أيضاً :
Albertario, Le obbligazioni solidali (corso di diritto romano) Milano, 1948, 40.

(٤٢) أنظر Frezza, Animvs novandi, 234.

(٤٣) والكلمات "si hoc actum est" أضيفت من قبل واضعى الموسوعة .

على سبيل الدوطة . وكما يستنتج من باقى النص ، فان الزوج لم يطالب المدين الأول بالوفاء . ويشير أولبيانوس إلى الحل المقبول placet ، وهو المؤيد للتجديد . ويعرض الأساس الذى يرتكز عليه وهو : أن الدوطة يمكن أن تنشأ عن طريق الزوجة أو الغير. فيتعين اعتبار تدخل الزوجة مماثلا لتدخل الغير . ولذلك فانه يجب استبعاد الجمع بين التعهدين . ولا يذكر النص محل الدوطة ، هل هو species أو quantitas . ومن ثم فانه يتعين الاعتقاد بأن الأمر لم يكن يختلف على أى حال . وعدم الاختلاف هذا يستبين من واقعة أن التعهد الثانى يذكر سبب العقد : التعهد للزوج على سبيل الدوطة dotis causa maritus stipulatur . فتخصيص الوظيفة التى يقوم بها التعهد الرسمى (ابرامه على سبيل الدوطة) ، يؤدى إلى افتراض أنه يراد احلاله محل التعهد الأول (الذى كان له نفس السبب). إذ لا يحدث عادة أن يستقضى لنفس السبب مرتين ، مهما كان محل التعهد: الرسمى stipulatio . وأساس العلة أنه توجد قرينة التجديد لا قرينة التعدد وهذه القرينة تنتصر حتى بالنسبة للحالات التى يمكن فيها تبرير التعدد .

ولا يتفق هذا الحل مع ما جرى عليه العمل فى الامبراطورية الرومانية الشرقية ، ولا مع اصلاح جستينيان ، فهما غير محبذين للتجديد كما سنرى بالتفصيل فيما بعد . وهو ليس معروفاً اللهم الا عن طريق النص محل البحث . ومهما يكن من أمر ، فانه يمكن القول بأن هذا النص موجز للغاية . ورغم هذا الايجاز ، فاننا نستنتج منه وجود نقطة محل خلاف . فالحل الذى يفضله على أساس إعمال الوسائل التفسيرية ، يعنى النفى الضمنى لامكانية الاهتداء إلى الحل على أساس مجرد الوقائع الشكلية ، وضرورة الاستعانة بنية المتعاقدين كما سنوضحه فيما بعد .

١٣ — (ب) أما التجديد الموضوعى ، فيتحقق اما بسبب أن الالتزام الأول Prior obligatio ، الذى له مصدر مختلف عن التعهد الرسمى ،

يتحول إلى التزام ناشيء عن التعهد الرسمى translata in stipulationem
واما لأن التزاماً ناشئاً عن التعهد الرسمى obligatio ex stipulatione
يتضمنه تعهد رسمى آخر . ويتعين القول بأن هذه الفكرة كانت تنقل بأمانة النظام الرومانى . ففى الفرض الأول ، يمكن أن يكون الأداء نفس الشيء ، ويكمن العنصر الجديد فى تغيير مصدر الالتزام (٤٤) . كما لو حولنا التزاماً من التزامات حسن النية ، مثل الالتزام المتولد عن عقد البيع ، أو التزاماً ناشئاً عن جريمة ، أو عن وصية ، أو مجرد التزام طبيعى ، إلى التزام لفظى verbis متولد عن التعهد الرسمى . فمن أمثلته :

"هل تعد باعطائى المائة المستحقة لى فى ذمتك بمقتضى الشراء ؟
"Centum, quae nihi ex empto debes, dari spondes ?

وبخصوص الفرض الثانى ، فان الأداء يجب أن يتغير فى أحد عناصره على الأقل . وتضمن كتاب النظم لجايوس (٤٥) ، الذى يعبر كما هو معلوم عن النظم القانونية التى كانت سائدة فى ظل الامبراطورية ، قائمة بحالات التغيير الممكنة . كما وردت فى مؤلف تيوفيلوس (٤٦) الأستاذ بمدرسة القسطنطينية ، وفى الدستور الذى تضمن اصلاح جستينيان (٤٧) ، وفى نظمه (٤٨)

---

(٤٤) وأمثلة هذا الفرض شائعة فى النصوص ، أنظر :
الموسوعة : ١٣ ، ١ ، ١٧ ؛ ١٧ ، ٢ ، ٧١ ، فاتحة ؛ ١٨ ، ٥ ، ٣ ؛ ٢٢ ، ١ ، ١ ، ٤ ؛ ٣٩ ، ٥ ، ١٧ ؛ ٤٢ ، ١ ، ٤ ، ٤ ؛ ٤٤ ، ١ ، ١٤ ؛ ٤٦ ، ٢ ، ٨ ، ١ ؛ ٨ ، ٣ ؛ ٩ ، فاتحة ؛ ٢٧ ؛ ٢٩ ؛ ٤٦ ؛ ٤ ، ١٨ ، ١ ؛ ٢١ ؛ ٤٥ ؛ ١ ، ٨٩ ؛
مجموعة الدساتير : ٢ ، ٢٠ ، ٥ ؛ ٤ ، ٢ ، ٦ ، فاتحة ؛ ١٥ ؛ ٤ ، ٥٢ ، ٢ ؛ ٥ ، ٥١ ، ٨ ؛ ٧ ، ٥٣ ، ٣ ؛ ٨ ، ٤٢ ، ١٣ .

(٤٥) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٦ – ١٧٧ .

(٤٦) تيوفيلوس : ٣ ، ٢٩ ، ٣ .

(٤٧) مجموعة الدساتير : ٨ ، ٤١ ، ٨ فاتحة .

(٤٨) نظم جستينيان : ٣ ، ٢٩ ، ٣ .

فوفقاً لما جاء فى كتابى النظم لجايوس وجستينيان ، يمكن أن يكون العنصر الجديد aliquid novi عبارة عن وصف من أوصاف الالتزام يضاف أو يحذف ، مثل الشرط condicio أو الأجل dies ، أو اضافة كفالة أو حذفها (٤٩) .

ويضيف تيوفيلوس إلى ذلك حالة ادخال زيادة فى مقدار الأداء المستحق ، ولكنه لا يقبل التجديد فى حالة النقصان . هذا بينما يذكر جستينيان أنه من الممكن تحقق التجديد فى حالة النقصان . ونستخلص من ذلك أنه كانت توجد بعض الاختلافات فى الرأى حول بعض النقاط .

ومن جهة أخرى ، فانه يجب أن ندخل فى القائمة ما يسمى بالتعهد الأكويلى stipulatio Aquiliana . وهو يسمى كذلك نسبة إلى الفقيه أكويليوس جالوس الذى ابتدعه . فهذا التعهد يستبدل بجميع الديون الموجودة بين شخصين أيا كانت طبيعتها ، القيمة النقدية لها . ولذلك فانه يحقق التجديد دائماً (٥٠) .

١٤ — ويمكن أن يتحقق التجديد الموضوعى عن طريق تعهدرسمى معنون أو غير معنون . ونقصد بكون التعهد الرسمى معنوناً أن يتضمن اشارة إلى العلاقة الالتزامية السابقة . فلو فرض أن هناك التزاماً باعطاء قطعة الأرض كورنيليا Fundum cornelianum dare ، فان تعهد التجديد غير المعنون تكون صيغته :

---

(٤٩) مع وضع التحفظات التى عرضها جايوس فى كتابه النظم : ٣ ، ١٧٨ ، موضع الاعتبار . فهو يقول أن مسألة الكفيل sponsor كانت محل خلاف .

(٥٠) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٠ ؛ نظم جستينيان : ٣ ، ٢٩ ، ٢ الموسوعة : ٢ ، ١٥ ، ٤ ، ٤٦ ، ٤ ، ١٨ وأنظر أيضاً .

Fabia, Atti Verona, 3, 451; Wlassak, Zeitschrift der savigny stiftung fur Rechtsgeschichte, 42, 394; Daube, novations of obligations giving a bonae fidei iudicium, in z.s.s.t,66, 1948, 119.

”هل تعد باعطاء قطعة الأرض كورنيليا ؟

"Fundum cornelianun dari spondes ?

أما التعهد المعنون فيمكن أن تكون صيغته :

١ - ”هل تعد باعطاء ما هو مستحق عليك لى ؟

"quod mihi debes, dari spondes ?

٢ - ”هل تعد باعطاء قطعة الأرض كورنيليا المستحقة عليك لى ؟

"Fundum cornelianum, quem mihi debes dari spondes?

ومثال آخر للتعهد المعنون :

”هل تعد باعطاء قطعة الأرض كورنيليا ، المستحقة عليك لى بمقتضى وصية تيتيوس ؟

"Fundum cornelianum, quem ex testamento Titii mihi debes, dari. spondes ?

ومن أمثلة التعهد الرسمى المعنون الذى يتعلق بحالة تجديد علاقة من علاقات حسن النية (٥١):

”هل تعد بالقيام باعطاء ما يجب عليك بسبب بيع أرض كورنيليا ؟

"quidquid propter venditionem fundi C. te dare Facere oprtet spondes ?

هذا ويلاحظ أنه فى كل هذه الأمثلة ، فان التعهد الرسمى عبارة عن تعهد بنقل ملكية عقار معين . أما التعهد الرسمى باعطاء مبلغ من النقود ، فمن أمثلته :

”هل تعد باعطاء المائة ، التى فى ذمتك لى بمقتضى وصية تيتيوس؟

"Centum, quae ex festamento Titii mihi debes,'dari spondes ?

---

(٥١) الموسوعة : ١٨ ، ١ ، ٨٠ ، فاتحة ؛ ولقد اجتذب «دوب» أنظار الباحثين على هذا الموضوع ، أنظر : دوب : المرجع السالف الذكر ، ص ٩١ ،

وهو تعهد معنون .

– "هل تعد بإعطاء المائة ؟ "Centum dari spondes?"

وهو تعهد غير معنون .

١٥ – ولا شك أن شرط العنصر الجديد aliquid novi يتصل اتصالا مباشراً بالشرط الأول من شروط التجديد . فلقد سبق أن رأينا أنه لم يكن من الممكن تقرير تجديد بدون تعهد رسمى صحيح . والتعهد الذى لا يتضمن شيئاً ما جديداً يكون لهذا السبب ذاته لاقيمة له . فالعنصر الجديد هو سبب التجديد وبدونه يقع التعهد باطلا ، وفقاً للقاعدة التى لا تسمح بالتعهد بنفس الشىء إلى ذات الشخص مرتين ، أو يوجد التزامان معاً بمقتضى القاعدة التى قررها القانون اللاحق . فلا يكفى ، وفقاً لأحكام القانون الرومانى ، أن يرغب الطرفان فى التجديد ، بل يتعين أن يكونا قد قدرا عليه . وهما لا يستطيعان ذلك إلا بابرام تعهد صحيح . وهو لا يكون كذلك الا بتضمنه عنصر جديد .

فهذا الشرط من نفس طبيعة الشرط الأول . ذلك أن القانون الضيق هو الذى يستوجب تعهداً رسمياً ، كما أنه هو الذى يتطلب شيئاً ما جديداً فى هذا التعهد . وبتعبير أدق ، فان الشرطين المذكورين يجتمعان معاً فى شرط واحد ، ما دام أن التعهد الذى لا يحتوى على شىء جديد يعتبر ، كما ذكرنا كما لو كان غير موجود .

١٦ – صور مخالفة شرط العنصر الجديد أو شرط وحدة الدين :

ويتعين علينا الآن أن نقوم بتعميق الأفكار المتعلقة بصورة مخالفة شرط العنصر الجديد aliquid novi ، وكذلك شرط وحدة الدين ، مع بيان النصوص الرئيسية التى تقررها .

فهذه المخالفة تتحقق اما عن طريق عدم وجود العنصر الجديد أو نتيجة لتجاوز حدوده . وتتلخص صورة عدم وجوده فى أن يماثل الالتزام الثانى

الإلتزام الأول تماماً . أما صورة التجاوز فتحدث عندما يكون الإلتزام الثانى أكثر اختلافاً من المسموح به ، وتؤدى بالتالى إلى مخالفة شرط وحدة الدين idem debitum أيضاً .

ولا تقع الحالة الأولى أبداً عند تغيير مصدر الالتزام . فهذا التغيير يستوعب فى حد ذاته شرط العنصر الجديد . فالصورة الأولى تتحقق حينما يتبع التعهد الرسمى بتعهد آخر. والنتيجة هى بطلان التعهد الثانى لعدم فائدته(٥٢) : Qui bis idem promittit, amplius quam semel non lenetur . وهذه الحالة لا تحدث اذن الا فى مجال ازدواج التعهد الرسمى .

أما الحالة الثانية ، فهى منظمة بطريقة عكسية . إذ أن التعهدين يظلان صحيحين ، لأن لكل منهما محلا مختلفاً . مما يؤدى إلى تعدد الدعوى القضائية كقاعدة عامة ، مالم تبرر الظروف انقضاء احداهما لوحدة السبب Solutio ex una causa.

١٧ – وحمل هذا الوضع البريتور على التدخل فى بعض الأحيان ، لتغيير النتيجة التى كانت تترتب فى الحياة العملية ، فيما لو طبقت قواعد القانون المدنى . ومن بين النصوص التى تتضمن أمثلة متنوعة لهذا التدخل ، نص الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٤ الذى يشير فيه بمبونيوس إلى حالة تعدد ترجع إلى عدم وجود نفس الدين idem debitum ، واستبعدها البريتور :

الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٤ :

"Si usus fructus debitorem meum delegavero tibi, non novabitur obligatio mea : quamvis exceptione doli vel in factum tutus debeat esse adversus me is qui delegatus fuerit, et non solum donec manet ei usus fructus cui

(٥٢) الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ١٨ ؛ ٤٥ ، ١ ، ٢٥ وأنظر أيضاً .
Branca, "Festschr Lewald", Basilea, 1953, 21.

delegavi, sed etiam post interitum eius : videlicet quia etiam hoc incommodum sentit, si post mortem meam maneat ei usus fructus. Et haec eadem dicenda sunt in qualibet obligatione personae cohaerenti".

يقول بمبونيوس :

« إذا قمت بانابة المدين لى بحق الانتفاع ، فى انشائه لمصلحتك ، فان دينى لا يجدد ؛ ومع ذلك فان المدين المناب يحمى فى مواجهتى بواسطة الدفع بالغش أو الدفع المبنى على الواقع : ولا يمكننى المقاضاة ، ليس فقط طالما ظل حق الانتفاع للمناب لديه ، بل وكذلك حتى بعد وفاته . ويتعين القول بنفس الشيء بالنسبة لكل التزام يرتبط بالشخص» .

يبين من هذا النص أن الدائن الذي أنشيء حق الانتفاع لمصلحته بمقتضى تعهد رسمى ex stipulatione ، ينيب مدينه فى انشاء هذا الحق لمصلحة شخص آخر . ويقوم المدين بالتعهد لهذا الأخير . بيد أن التجديد لا يتحقق هنا بسبب تخلف شرط وحدة الدين dem debitum . ذلك أن حق الانتفاع الذى يتعين انشاؤه لمصلحة تيتيوس ليس هو حق الانتفاع الواجب انشاؤه لمصلحة كايوس . ومن ثم يوجد تعهدان ، كل منهما صحيح . ومع ذلك ، إذا رفع الدائن المنيب دعوى للمطالبة بحقه الناشيء له عن التعهد الأول ، فانها ترفض عن طريق استخدام الدفع بالغش exceptio dol (أو الدفع المبنى على الواقع în factum) . وعلى العكس ، فان المناب لديه ينجح إذا ما قام برفع الدعوى . فهناك إذن انقضاء لحق المنيب بمقتضى القانون البريتورى iure praetorio . والأمر يتعلق بانقضاء بات لا رجعة فيه ، لأن المنيب لا يستطيع المقاضاة حتى بعد موت المناب لديه . وهكذا يتوصل فى الحياة العملية إلى النتيجة التى تترتب على التجديد .

١٨ — وهناك نص آخر يستعرض حالة ازدواج ، وهو التالى :

الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٢٨ :

"Fndum cornelianum stipulatus quanti fundus est postea stipulor, si non novandi animo secunda stipulatio facta est, cessat noavtio : secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus, sed pecunia debetur. Itaque si reus premittendi fundum solvat, secunda stipulatio iure non tollitur, nec si litem actor ex prima contestetur".

يقول بابينيانوس « بعد أن أبرمت تعهداً رسمياً مشترطاً فيه قطعة الأرض كورنيليا ، قمت بابرام تعهد آخر اشترط فيه القيمة النقدية لقطعة الأرض . فاذا كان التعهد الثانى لم يبرم بنية التجديد ، فان التجديد لا يتحقق . بل يظل التعهد الثانى قائماً ؛ ويلتزم المدين بمقتضاه ليس بقطعة الأرض ، وانما بمبلغ النقود .

ولذلك فانه إذا أعطى المدين قطعة الأرض ، فان التعهد الثانى لا يزول بقوة القانون ، حتى ولو نازع المدعى ، بمقتضى التعهد الأول ، فى سببه » .

والرأى الشائع أن العبارة التى تحتوى على تحفظ نيه التجديد محرفة . بيد أن الفرض الذى نحن بصدده يمكن أن يتضمن التجديد حتى بدون استخدام هذه العبارة . ومن ثم فانه يبدو من الملائم دراسة النص على ضوء وجود التجديد ، وعدم وجوده .

فالفرض أن تيتيوس يبرم تعهدين رسميين يشترط فى أولهما قطعة الأرض كورنيليا وفى ثانيهما القيمة النقدية لقطعة الأرض ذاتها . فكل من التعهدين صحيح . ويستطيع الدائن المقاضاة مرتين ، دون التعرض للحظر المقرر بمقتضى أحكام القانون ، كما يقول النص ، والناشىء عن الوفاء solutio أو الاشهاد على الخصومة Litis contestatio . وعبارة « بمقتضى

أحكام القانون» شائعة الفهم بأنها تشير إلى انعدام الحظر بمقتضى القانون ، ولكنها لاتستبعد الحظر البريتورى الذى يكمن فى الدفع بالغش exceptio doli(٥٣)

ولو تصورنا فى هذا الفرض أن نية التجديد موجودة لدى الطرفين المتعاقدين ، فان أساس الحل يكون على النحو التالى : إن اختلاف محل التعهدين يستبعد التجديد ، على الرغم من وجود نية التجديد animus novandi لدى الطرفين . ومن هنا تنشأ ظاهرة الازدواج وفقاً لقواعد القانون المدنى ، ولكنها تستبعد بمقتضى أحكام القانون البريتورى . فسمات التجديد البريتورى متحققة .

بيد أنه يرد انتقاد خطير على هذا التدليل : ذلك أن التعهد الأكويلى بدوره stipulatio Aquiliana يستبدل بالشىء قيمته المالية ، وله مع ذلك أثر تجديدى بمقتضى أحكام القانون المدنى . فكان يتعين إذن أن يتحقق أثر تجديدى فى الفرض الذى أشار اليه بابينيانوس ، وفقاً للقانون المدنى نفسه . وعليه لا يمكن القول بأن النص يفترض التجديد .

فلا يبقى سوى نفى نية التجديد لدى المتعاقدين . وهكذا يمكن تصور الفرض المذكور على النحو التالى : بعد أن ضمن الدائن الوفاء بقطعة الأرض كورنيليا ، فانه يرغب فى أن يضمن أيضاً الوفاء بقيمتها النقدية . فهو يريد الوصول إلى النتائج التى كان يستطيع الحصول عليها فى وقت متأخر عن طريق التعهد الاختيارى . فتخلف وحدة الدين idem debitum وازدواج التعهد لا يمكن أن يؤدى إلى التجديد الرومانى طبقاً لأحكام القانون المدنى . ومع ذلك ، فان صاحب المصلحة لا يستطيع الاستيفاء الا مرة واحدة . ومن هنا ينشأ الدفع بالغش exceptio doli .

وإذا ما فهم النص على هذا النحو ، فانه يتضح أنه ، حتى بنفى تعدد

---

(٥٣) أنظر :

Lévy, Konkurrenz, 2, 1, 133.

الدعوى القضائية ، فان ذلك ليس مرده التجديد المدنى . ومهما يكن من أمر فانه من المفيد ملاحظة : حذف الكلمات التى تتعلق بنية التجديد يمثل المجال الذى تستعر فيه المعركة بين الشراح .

١٩ - التغيير فى مقدار الشىء المستحق :

إذا فرض أن الدائن يبرم تعهداً رسمياً لا يشترط فيه سوى جزء من المستحق له ، كما لو كان المستحق له حقلا وثماراً محصودة ، فيشترط الحقل فقط ، فهل يتحقق التجديد ؟ ويثور نفس التساؤل بالنسبة للدائن بقطعة الأرض كورنيليا إذا قام باشتراط نصفها أو ربعها عن طريق التعهد الرسمى . وهناك حالة أخرى تحتاج إلى شرح وهى حالة ما إذا قام الدائن بقطعة الأرض كورنيليا باشتراط حق الانتفاع بهذه الأرض أو باشتراط ملكية رقبتها . وكذلك فان الأمر يحتاج إلى الشرح بالنسبة للحالة التى يقوم فيها الدائن الذى له حق المرور المسمى actus (وهو الحق الذى يسمح لصاحبه بالمرور بأرض الجار راجلا أو راكبا ، كما يسمح له بأن يمر بمواشيه أيضاً) باشتراط حق المرور المسمى iter (وهو الذى يسمح لصاحبه بالمرور بأرض الجار راجلا أو راكباً) ، أو إذا أجرى الحالة العكسية .

ويجب علينا الآن أن تعميق هذه الأفكار والاجابة على ما يعن لنا من تساؤلات على ضوء ما جاء على لسان الفقهاء الرومان فى نصوص الموسوعة . وأول نص يمكن دراسته هو للفقيه جوليانوس .

الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٨ :

"Qui usum fructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei, qui partem fundi stipulatur, deinde totum, quia fundus dari non inellegitur, si usus fructus detrahatur. Et a contrario qui Fundum stipulatus est, deinde usum fructum, similis est ei, qui totum stipluatur, deinde partem. Sed qui actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agit, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur,

nihil agit. Item si quis fructum, deinde usum stipulatus Fuerit, nihil agit. Nisi in omnibus nvoandi animo hoc facere specialiter expresserit: tunc enim priore obligatione expirante ex secunda introducitur petitio et tam iter quam usus nec non quinque exigi possunt".

يقول جوليانوس :

«من يبرم تعهداً رسميا يشترط فيه حق الانتفاع بقطعة أرض ، ثم يبرم تعهداً آخر يشترط فيه قطعة الأرض ذاتها ، فانه يماثل من يشترط ، عن طريق تعهد رسمى ، جزءاً من الأرض ، ثم يشترط الأرض كلها ، لأنه ليس من الممكن تصور أن الأرض تعطى إذا نزعنا منها حق الانتفاع. وعلى العكس ، فان من يشترط قطعة الأرض ، ثم يشترط حق الانتفاع ، يماثل من يشترط الكل ، ثم جزءاً من هذا الكل . ولكن ، من يشترط حق المرور المسمى actus ثم حق المرور المسمى iter ، يبرم فى النهاية تعهداً رسمياً غير مفيد ، ويقال نفس الشىء بالنسبة لمن يشترط عشرة ، ثم خمسة ، فانه لا يجرى أى شىء بمقتضى التعهد الثانى ، ما لم يكن فى جميع هذه الحالات قد أوضح بصراحة أنه قد أبرمه لتحقيق التجديد : وحينئذ فانه مادام أن الالتزام الأول قد انقضى ، فان الدعوى تتولد عن الالتزام الثانى ، ويمكن للمرء أن يطالب بحق المرور المسمى iter ، وحق الانتفاع والخمسة » .

يتضمن هذا النص مجموعة من الحلول ، تفسرها فكرتان أساسيتان : فكرة الجزء pars ، ونظام التجديد الذى يطبق على الجزء . والجزء معناه فى الحقيقة شطر من كل . ويمكن تطبيق فكرته فى ذاتها ، على الحقوق وعلى الأشياء ، على حد سواء . فهى تطبق على الحقوق ، من حيث أن حق الملكية ، أو حق الانتفاع ، .. الخ ، يمكن أن ينقسم إلى أجزاء . وهى تطبق

على الأشياء ، من حيث أن مقداراً quantitas (مبلغ من النقود مثلا) ، يمكن أن يجزأ بدوره .

وهناك شرطان لتطبيق فكرة الجزء : أن يكون الكل قابلا للتقسيم ، وعلى وجه التحديد أن يكون قابلا للتجزئة إلى وحدات متجانسة تقدر من حيث الكم فقط (أى تقبل التجزئة بحسب الطرق الحسابية) ؛ وأن تنشىء التجزئة حقاً على الجزء ، يستبعد اشتراك أصحاب الأجزاء الأخرى ، أو أن تنشىء شيئاً متميزاً تماماً عن الأشياء الأخرى التى كانت تكون معاكلا .

وهكذا فان ملكية قطعة الأرض كورنيليا ، يمكن أن تقسم إلى أجزاء(٥٤) . وهذه الأجزاء متجانسة وتقبل التسمية الكمية . والحق الذى يرد على كل منها يستبعد اشتراك أى مالك آخر . وعلى نفس المنوال ، يمكن القول بأن مبلغ العشرة يمكن أن يجزأ إلى مبلغين يضم كل منهما خمسة ، ويصبح كل منهما شيئاً res فى حد ذاته .

ولفكرة القابلية للتجزئة أهمية كبرى فى مجال التجديد (٥٥) ، ويطبق عليها النظام التالى بالنسبة للأشياء :

عندما يكون هناك تعهد رسمى محله مقدار أقل من المقدار الذى يتضمنه تعهد رسمى آخر يبرم فيها بعد من أجل التجديد novandi causa ، فان

---

(٥٤) أنظر فيما يتعلق بالمعانى المختلفة للجزأ .

Windscheid, Pandette, 142 :

(ص ٤٨٦ فى الترجمة الايطالية) . ومن الجدير بالذكر أن الرومان أشاروا إلى فكرة التجزئة بالنسبة للحقوق . أنظر : الموسوعة : ٧ ، ١ ، ٤٩ ؛ ٨ ، ١ ، ١١ ؛ ٣٠ ، ٥٠ ، فاتحة ؛ ٣٩ ، ٢ ، ٤٠ ، ٤ ؛ ٤٠ ، ١٢ ، ٧ ، ٣ ؛ ٤٥ ، ٣ ؛ ٧ ، فاتحة ؛ ٤٥ ، ٣ ، ٧ ، ٣٧ .

(٥٥) أنظر :

Meylan, Fructus sine usu et actus sine itinere, studi Albertoni, 1, 1935, 100.

التجديد يتحقق . بيد أن التجديد لا ينشأ فى الفرض العكسى . وسبب اختلاف الحكم أنه يوجد فى الحالة الأولى دين واحد idem debitum وعنصر جديد aliquid novi (ويتمثل فى المقدار الذى أضيف إلى المقدار الأول) . ولكن ليس هناك أى عنصر جديد فى الفرض الثانى ، إذ أن المقدار الأقل الذى كان محل التعهد الثانى كان يحتويه المقدار الأكبر الذى كان محل التعهد الأول . وليس من أثر بالنسبة للتعهد الثانى سوى التعهد مرتين بنفس الشىء ، ومن ثم لا طائل من ورائه .

ويطبق نفس النظام فيما يتعلق بالحقوق القابلة للقسمة . فمن يشترط ، بطريق التعهد الرسمى ، جزءاً من ملكية قطعة الأرض كورنيليا ، ثم يشترط ملكية الأرض بأكملها بعد ذلك ، فانه يجرى تجديداً صحيحاً . بينما لا يكون التجديد صحيحاً فى الفرض العكسى .

ويمد جوليانوس فكرة الجزء ، وبالتالى نظام التجديد السالف الذكر ، على الحقوق العينية التى يمكن تسميتها بالحقوق ذات المضمون الأقل بالنسبة للحقوق ذات المضمون الأكبر . فحق الانتفاع جزء من حق الملكية ، وحق الاستعمال جزء من حق الانتفاع ، وحق المرور المسمى iter جزء من حق المرور المسمى actus (٥٦) . ولذلك يتحقق التجديد عند الانتقال من التعهد بالانتفاع ، أو بالاستعمال ، أو بالمرور المسمى iter ، إلى التعهد بالملكية ، أو بالانتفاع ، أو بالمرور المسمى actus ، على الترتيب ولكن لا ينشأ التجديد فى الفرض العكسى ، أى بالانتقال من التعهد بالملكية ، أو بالانتفاع ، أو بالمرور المسمى actus ، إلى التعهد بالانتفاع ، أو بالاستعمال ، أو بالمرور المسمى iter ، على الترتيب .

---

(٥٦) راجع ، فيما يتعلق بحق المرور المسمى iter ، نصوص الموسوعة : ٨ ، ٣ ، ١ ، فاتحة ؛ ٨ ، ٣ ، ٧ ، فاتحة ؛ ٨ ، ٣ ، ١٢ .

وبالنسبة لحق المرور المسمى actus ، أنظر : الموسوعة : ٨ ، ٠ ، ١ ، ٤ ؛ ٨ ، ٣ ، ١ ، فاتحة ؛ ٨ ، ٣ ، ٧ ، فاتحة ؛ ٨ ، ٣ ، ١٢ ؛ ٨ ، ٦ ، ٢ .

ومن الضرورى ، مع ذلك ، ايضاح معنى امتداد فكرة الجزء على الحقوق . فكما سبق القول ، هناك شرطان لتطبيق فكرة الجزء : أن يكون الكل قابلا للتقسيم ، وأن توجد أشياء متميزة لها ذاتيتها المستقلة نتيجة التجزئة. فعلينا أن نقدر هذا الامتداد لفكرة الجزء على ضوء الشرطين السالفى الذكر .

فبالنسبة لأول هذين الشرطين ، يتعين اعتبار انفصال الجزء من الكل بمثابة عملية كمية . وهذه النتيجة يتوصل اليها فى حالتنا ، إذا كان الحق ذو المضمون الأكبر ليس متناقضاً مع الحق ذى المضمون الأصغر كوحدة اوحدة

ويتعين تصوير الحق ذى المضمون الأكبر بمثابة مجموعة مكنات ، يمكن أن تئول فى بعض الأحيان إلى شخص وفى أحيان أخرى إلى شخص آخر : وهى مكنات الاستعمال ، وحصد الثمار ، والمرور ، التى كانت فى أول الأمر لصاحب الحق ذى المضمون الأكبر ثم هى أيضاً لصاحب الحق ذى المضمون الأصغر .

ولكن بالنسبة للشرط الثانى ، فانه لا يمكن توافره فى هذا المجال . إذ لايمكن التوصل إلى التمتع المطلق للمكنات التى تنفصل بعضها عن بعض . فانفصال حق الانتفاع يترك ملكية الرقبة ، ولكن لهذه الأخيرة ، من حيث المضمون ، سلطات محددة تشارك ، فى نطاق محدود ، تلك النابعة من حق الانتفاع . وانفصال حق الاستعمال عن حق الانتفاع ، يترك لحق الانتفاع مكنة الاستعمال التى تشترك مع تلك النابعة من حق الاستعمال . ويقال نفس الشىء بالنسبة لانفصال حق المرور المسمى iter عن حق المرور المسمى actus ، حيث يتضمن ازدواج فى حق المرور المسمى iter .

فقبول فكرة الجزء pars بالنسبة لمجال الحقوق ، لا يعنى اذن أن المكنات النابعة من كل حق تقسم بطريقة متساوية ، بل يعنى على وجه التحديد أن هناك حقاً له مضمون أصغر منفصل عن حق له مضمون أكبر .

ولم تغرب هذه الخصيصة الأخيرة عن بال الرومان (٥٧) . ولكنها لم تحل دون امتداد فكرة الجزء على الحالة التى أمامنا ، لأن هذا الامتداد قد اعتبر مفيداً من حيث أنه كان يسمح بتطبيق قواعد معينة خارج حدودها الأصلية (٥٨) .

ونجم عن العلاقة ما بين الجزء والكل أن قرر جوليانوس بطلان التجديد ، فى نظر القانون المدنى الرومانى ، فى حالة الانتقال من الأكثر إلى الأقل . ولكن لا تظهر كيفية تصور الوضع من وجهة النظر البريتورية . فمن يشترط عن طريق التعهد الرسمى ، الملكية الكاملة ، ثم يشترط بعد ذلك حق الانتفاع ، فمعنى ذلك أنه لم يعد يرغب الأداء الأول بأكمله . وإذا كان التجديد باطلا

(٥٧) أنظر أيضاً : الموسوعة : ٤٦ ، ٣ ، ١٣ ، ٣ .

(٥٨) وفكرة أن الحق العينى الأصغر يمكن تصويره بمثابة جزء من حق أكبر ، معروفة على نطاق واسع ، ولاسيما من خلال العبارة "Usus fructus pars domenii" ، التى يشار اليها فى نصوص متنوعة . وأنظر فيما يتعلق بعبارة « Usus fructus pars domenii » :

Bretone, La nozione romana di uso frutto Napoli, 1962

حيث توجد كل الأفكار المتعلقة بهذا الموضوع . ويمكن أن ننسب الفكرة التى عرضناها فى المتن إلى جوليانوس (ولقد سقبه بدوره فى هذا المضمار فقهاء كثيرون) : فالأمر يتعلق بامتداد فكرى ، له معنى قانونى ، وليس مجرد معنى اقتصادى يستخدم لاستخلاص نتائج قانونية بالمعنى الدقيق ، كما يحدث فى مجال التجديد . ونحن لانعرف حدود الامتداد الذى قال به جوليانوس . ولانعتقد أنه يمكن استخلاص حجج بارزة من نصى الموسوعة : ٧ ، ١ ، ٣٣ ، ١ ، ٥٠ ، ١٦ ، ٢٥ .

وأنظر أيضاً :

Solazzı, specie ed estinzione delle servitù perdiali, Napoli, 1948, 27; Voci, Diritto ereditario romano, 2,313.

فى هذا الفرض ، فانه مع ذلك يحمل فى طياته ضمنا اتفاقاً بابراء جزئى شبيهاً بما جاء على لسان جايوس (٥٩) . ومن ثم فان المطالبة القضائية على أساس التعهد الرسمى الأول يمكن أن ترفض عن طريق الدفع بالاتفاق exceptio pacti . ويتعين على الدائن أن يقنع بالمقدار الأقل .

وذكر جوليانوس أنه قد اعترف باتفاقات ضمنية فى فروض يكون التجديد فيها غير صحيح وفقاً لقواعد القانون المدنى iure civili (٦٠). فما كان من الممكن أن يكون قد قال بشىء آخر فى الحالة محل البحث . ولكن لم يكن يستطيع أن يكيف هذا الوضع بأنه تجديد ، رغم التوصل إلى النتيجة العملية التى يحققها التجديد . بل يمكن تكييفه على أنه ابراء جزئى ، على أساس أن التعهد الثانى غير صحيح ، وأن التعهد الأول صحيح جزئياً ، وذلك بالنسبة للمقدار الأقل ، وباطل فيما عداه .

ومع ذلك ، فان النص موضوع الحديث لا يتكلم عن الاتفاق . بل يقبل فى شطره الأخير ، التجديد فى كل الفروض المذكورة على شريطة أن تكون هناك ارادة صريحة بالتجديد specialiter expressa . ولا ريب أن هذه الفقرة الأخيرة من النص محرفة . فمضمونها يتعارض مع عبارة nihil agere الواردة فى الفقرة السابقة والتى تشير إلى أن التعهد الثانى لا طائل من ورائه ، كما أن هناك اشارة صريحة إلى هذا التعديل الذى أدخله جستينيان .

ويمكن افتراض أنه كانت توجد فى النص الأصلى ، قبل تحريفه ، عبارة تشير إلى الدفع بالاتفاق exceptio pacti ، محل هذه الفقرة الأخيرة

وأيا ما كان الأمر ، فانه تتعين أيضاً محاولة تفسير من أين نبع قبول التجديد فى الحالات التى لم يسلم به فيها جوليانوس .

---

(٥٩) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٩ .

(٦٠) الموسوعة : ٢ ، ١٤ ، ٣٠ ، ١ .

كما أن تكييف الجزء الذى يشير إلى الحقوق التى لها مضمون أقل ، لا يتفق مع الرأى الشائع . وهناك رأى مخالف يقول بأن الحق الذى له مضمون أقل لا يتضمن تناقصاً كمياً بالنسبة للحق الذى له مضمون أكبر ، بل يتضمن اختلافاً كيفياً ، بحيث أنه ليس أقلا minus بل هو شىء آخر aliud بالنسبة للحق الذى له مضمون أكبر .

٢٠ – ولقد ثار النقاش أيضاً فيما يتعلق بهذه المسألة فى مجالات أخرى غير التجديد ، وهى : الوفاء ، والابراء ، والتأمينات الشخصية .

فبخصوص الوفاء والابراء ، كان من المهم معرفة ما إذا كان المدين بالملكية الكاملة ، يحصل على ابراء جزئى عندما يقوم بانشاء حق انتفاع لمصلحة الدائن ، أو عندما يحصل من هذا الأخير على ابراء موضوعه حق الانتفاع .

وبالنسبة للتأمينات الشخصية ، فانه كان يتعين حل مشكلة ما إذا كان الكفيل adpromissor الذى ينشىء ضماناً موضوعه حق الانتفاع ، يكون تعهده هذا صحيحاً لمصلحة المدين الذى التزم بنقل الملكية الكاملة ؛ وهلم جرا .

والمعلومات التى نجحنا فى الحصول عليها ازاء مختلف الآراء متناثرة ، ولا تسمح باستنتاجات قاطعة . وهى تبدو مع ذلك كافية لا يضاح النقطة التى تهمنا هنا .

ففى مجال حق الانتفاع ، يخبرنا جايوس ، بخصوص ما إذا كان الضمان موضوعه حق انتفاع بينما محل الدين الأصلى الملكية الكاملة ، بأن هناك خلافاً ثار حول ما إذا كان يجب اعتبار حق الانتفاع بالنسبة لحق الملكية ، بمثابة حق من نفس الطبيعة ولكن له مضموناً أقل minus ، أو بمثابة شىء آخر aliud : أى ما إذا كان جزءاً من كل Pars rei أو شيئاً مستقلا بذاته

Proprium quiddam (٦١) . وقد قام واضعو الموسوعة ببتر بيانه ، لأن ما كان يهمهم هو تقرير أن الكفيل يبقى ملتزماً . ولكن لابد أن النص الأصلى قبل تحريفه كان يحتوى على التخيير بين أمرين : إما أن حق الانتفاع يعتبر جزءاً Pars ، كما يقول جوليانوس ، وبالتالى فان التزام الكفيل يكون صحيحاً، ما دام أنه من المقبول لدى الرومان أن يضمن الكفيل الوفاء بالتزام له مضمون أقل minus (٦٢) . وإما أن حق الانتفاع هو شىء آخر aliud ، ومن ثم فان التزام الكفيل يكون غير صحيح . وليس هناك من وسيلة لمعرفة أى الرأيين كان جايوس ينضم اليه (٦٣) .

وفى مجال حق الانتفاع أيضاً ، ولكن فى علاقته بصحة المبارأة اللفظية acceptilatio ، فان أولبيانوس يؤكد بشكل قاطع أن حق الانتفاع ، مثل حق الارتفاق ، ليس جزءاً (٦٤) .

وفى نطاق حق الاستعمال ، هناك قولان متناقضان لأولبيانوس : ويفيد القول الأول بصحة المبارأة acceptilatio ، وهو يستبعد من حيث المبدأ فكرة أن الاستعمال جزء من الانتفاع (٦٥) . ويتعلق القول الثانى بالتجديد ، وهو يقبل الفرض العكسى (٦٦) .

وتوجد آراء متضاربة أيضاً فى مجال الارتفاق . وتشير إلى ذلك دائماً نصوص لأولبيانوس . فالنص المذكور حالا ، والذى يشير إلى التجديد ، يقرر نفس الشىء idem بخصوص الانتقال من حق المرور المسمى actus

---

(٦١) الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ٧٠ ، ٢ .

(٦٢) الموسوعة : ٤٦ ، ١ ؛ ٩ ٤ ٤٦ ، ١ ، ٨ ، ٧ – ١١ ؛ ٤٢ ؛ ٧٠ فاتحة ؛ ٢

(٦٣) أنظر أيضاً : الموسوعة : ٢١ ، ٢ ، ٤٩ .

(٦٤) الموسوعة : ٤٦ ، ٤ ، ١٣ ، ٢ .

(٦٥) الموسوعة : ٤٦ ، ٤ ، ١٣ ، ٣ .

(٦٦) الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٩ ، ٢ .

إلى حق المرور المسمى iter ، ولكنه يقرر ، عند الانتقال من الـ iter إلى الـ actus أن كلا منهما يختلف عن الآخر . وهناك نص آخر يتعلق بالمبارأة اللفظية acceptilatio ، وينفى أن الـ iter أو الـ actus جزء من حق المرور المسمى via (٦٧) (وهذا الحق الأخير يسمح لصاحبه بالمرور بأرض الجار راجلا أو راكباً ، فضلا عن السماح له كذلك بأن يمر بمواشيه وبعرباته) .

٢١ — وليس من المتصور أنه كانت لأولبيانوس آراء مختلفة ومتناقضة على هذا النحو . ومن ثم يتعين لتحديد أفكار الفقيه الروماني المشهور أن تدرس الحالات المقبولة التي توجد في :

الموسوعة : ٤٦ ، ٤ ، ١٣ ، ١ — ٣ :

1. "Si id, quod in stipulationem deductum est, divisionem non recipiat, acceptilatio in partem nullius erit momenti, ut puta si servitus fuit praedii rustici vel urbani. Plane si usus fructus sit in stipulatum deductus, puta fundi Titiani, poterit pro parte acceptilatio fieri et erit residuae paitis fundus usus fructus.

   Si tamen viam quis stipulatus accepto iter (vel actuum (٦٨) fecerit, acceptilatio nullius erit momenti : hoc idem erit probandum, si actus accepto fuerit latus. si autem iter et acctus accepto fuerit latus, consequens erit dicere Liberatum eum, qui viam promisit.

2. Illud certum est eum, qui fundum stipulatus usum fructum Vel viam accepto facit, in ea esse causa, ut acceptilatio non valeat ; qui enim accepto facit, vel totum vel partem eius, quod stipulatus est, debet accepto facere, hae autem partes non sunt, non magis quam si quis domum stipulatus accepto ferat cementa vel fenestras vel partietem vel diaetam.

---

(٦٧) الموسوعة : ٤٦ ، ٤ ، ١٣ ، ١

(٦٨) وهي كلمات حذفت بحق من قبل مومسن Mommsen

3. Si quis usum fructum stipulatus usum accepto tulerit, si quidem sic, tulerit acceptum quasi usu debito, liberatio non continget; si vero quasi ex usu fructu, cum possit usus sine fructu constitui, dicendum est acceptilationem valere''.

يقول أولبيانوس : .

(١) لا أثر البتة للمبارأة اللفظية إذا كان محل التعهد الرسمى لا يقبل التقسيم . مثال ذلك إذا تعلق الأمر بارتفاق زراعى لقطعه أرض أو ارتفاق بنيانى . وقطعاً أنه من الممكن ، إذا كان حق الانتفاع ، المقرر على قطعة الأرض المملوكة لتيتيوس مثلا ، محلا لتعهد رسمى ، ابرام مبارأة لفظية بالنسبة لجزء من الأرض ، ويظل قائماً حق الانتفاع المقرر على الجزء الباقى منها . بيد أنه إذا كان أحد الأفراد قد اشترط حق المرور المسمى via ، ثم قبل مبارأة لفظية محلها حق المرور المسمى iter ، فانه لا ينجم عن المبارأة اللفظية أى أثر . ويتعين القول بنفس الشيء إذا قبل شخص ما مبارأة لفظية واردة على حق المرور المسمى actum . ولكن إذا قبل شخص ما مبارأة محلها حق المرور المسمى iter وحق المرور المسمى actum ، فانه يترتب على ذلك ، القول بأن من تعهد بحق المرور المسمى via تتحرر ذمته .

(٢) ومن المؤكد أن من أبرم تعهداً رسمياً محله قطعه أرض ثم قبل مبارأة محلها حق الانتفاع أو حق المرور المسمى via ، فانه يخلع على المبارأة تحديداً يجعلها باطلة : لأنه يتعين على من ينشىء مبارأة ، أن يجعلها ترد على ما هو محل التعهد الرسمى ، كله أو على جزء منه . وهذه الأشياء لا تعتبر أجزاءاً من قطعة

الأرض ، ومثلها فى ذلك مثل ما إذا اشترط أحد الأشخاص منزلا ، ثم اعترف ، عن طريق المبارأة اللفظية ، أنه قد تلقى قطع حجارة أو نوافذ أو حائط أو حجرة طعام .

(٣) وإذا اشترط شخص ما حق الانتفاع ، ثم أبرم مبارأة محلها حق الاستعمال ، فى الحالة التى يكون قد اعتقد فيها أن حق الانتفاع لا يتضمن سوى مجرد الاستعمال ، فان الابراء لا يتحقق . ولكن إذا كانت النية قد اتجهت إلى استنزاله من حق الانتفاع ، حيث أنه يمكن انشاء حق الانتفاع دون تضمنه الاستعمال ، فانه يتعين القول بأن المبارأة صحيحة» .

وإذا ما أردنا التعليق على مضمون هذا النص ، فانه يمكن القول بأن السير المنطقى له يكون على النحو التالى : تعتبر المبارأة اللفظية الجزئية صحيحة ، بشرط أن يكون الحق الذى يتعين انقضاؤه قابلا للتقسيم . ولذلك فان المبارأة الجزئية لا يمكن أن تعقب التعهد الرسمى الذى يرد على حق المرور المسمى via ، بينما يمكن أن تتبع تعهداً رسمياً محله حق الانتفاع usus fructus . إذ أن حق المرور المسمى via ، مثل سائر الارتفاقات ، لا يقبل الانقسام . وهذا على عكس حق الانتفاع الذى يقبل الانقسام .

بل ولا يمكن تقسيم حق له مضمون كبير إلى حقوق لها مضمون أقل فلا تصح المبارأة اللفظية التى يكون محلها حق المرور المسمى iter أو حق المرور المسمى actus ، وذلك عندما يكون الحق المتعهد به عن طريق التعهد الرشمى هو حق المرور المسمى via . ويقال نفس الشىء بالنسبة لمن يبرم تعهداً رسمياً محله الملكية الكاملة ، فهو لا يستطيع أن يجرى مبارأة صحيحة محلها حق الانتفاع أو حق المرور المسمى via ، إذ أنهما لا يعتبران بمثابة أجزاء للملكية . وهذا التأكيد الذى جاء على لسان الفقيه أولبيانوس ينم عن الرفض القاطع ، الذى تضمنته المصادر الرومانية ، لفكرة اعتبار أجزاء الملكية Pars dominii بمثابة حقوق عينية لها مضمون أصغر .

وتطبق نفس الفكرة على حق الاستعمال usus . فمن اشترط ، عن طريق التعهد الرسمى ، حق الانتفاع ، لا يستطيع أن يجرى مبارأة محلها حق الاستعمال . بيد أن هناك تحفظاً ورد فى النص فى هذه الحالة : فالمبارأة اللفظية غير جائزة كقاعدة عامة ، ومع ذلك فانها تجوز عندما يخص بالذكر أن حق الاستعمال الذى يرغب فى انقضائه متصل بحق الانتفاع الذى تعهد به أولا . وذلك لأن حق الاستعمال يمكن أن ينشأ باعتباره حقاً قائماً بذاته ، أى بمثابة استعمال بدون استغلال usus sine fructu . ولهذا يتوقف مصير المبارأة على الطريقة التى تعبر من خلالها ارادة الانقضاء . وهذا هو ما ينطبق تماماً على ما جاء فى الجزء الأخير من النص المنسوب إلى جوليانوس : فكما أن التجديد جائز فى كل حالة ، على شريطة أن يعبر عن ارادة التجديد بصراحة specialiter expressa ، كذلك فان المبارأة تكون صحيحة ، بشرط أن يكون واضحاً أن حق الاستعمال منفصل عن حق الانتفاع المتعهد به من قبل . بمعنى أن يكون واضحاً ما هو الحق الذى يرغب فى انقضائه .

وهذا التطابق يؤكد النتيجة التى انتهينا اليها من قبل واستخلصناها من التناقض بين ما يؤكده الشطر الأخير من النص وبين ما سار عليه من أحكام فى الفروض الأخرى . وهذه النتيجة هى : أن صحة المبارأة التى ترد على حق الاستعمال لا يمكن أن يتبع الا من أعمال واضعى مجموعات جستينيان التشريعية

وهكذا نجد أنفسنا ازاء ثلاثة أدلة متوافقة فى موسوعة جستينيان : ففى نص الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٨ ، (المنسوب إلى جوليانوس) ، يعتبر التجديد جائزاً دون أن تثار مسألة الشىء الآخر aliud أو الشىء ذاته idem . وفى نص الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ٧٠ ، ٢ (المنسوب إلى جايوس) ، فان عقد الكفالة جائز بنفس الشروط . وأخيراً فانه وفقاً لنص الموسوعة : ٤٦ ، ٤ ، ١٣ ، ١ــ٣ (المنسوب إلى أولبيانوس) ، تجوز المبارأة اللفظية (مادام أنه لا يعرف لماذا ما يسرى على العلاقة ما بين حق ا لانتفاع وحق الاستعمال لا يسرى على الحالات المماثلة) .

والآن نستطيع أن ننتقل إلى دراسة نص أولبيانوس ، الذى يشير إلى التجديد :

الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٩ ، ٢ :

"Qui actum stipulatur, deinde iter, ninil agit : item usum fructum stipulatus si usum stipuletur, nihil agit. Sed qui iter stipulatus actum postea stipuletur, aliud magis stipulatur : aliud est enim iter, aliud actus".

يقول أولبيانوس :

« من يشترط ، بطريق التعهد الرسمى ، حق المرور المسمى actus ، ثم يشترط بعد ذلك حق المرور المسمى iter ، فانه ليس هناك شىء يشترطه ؛ ويقال نفس الشىء بالنسبة لمن اشترط حق الانتفاع ، إذا ما قام فيما بعد باشتراط حق الاستعمال ، فانه لا يشترط شيئاً . ولكن إذا قام من اشترط حق المرور المسمى iter باشتراط حق المرور المسمى actus ، فانه يشترط شيئاً ما إضافياً : لأن حق المرور المسمى iter شىء وحق المرور المسمى actus شىء آخر » .

يرد على هذا النص فى مجموعه بعض الملاحظات العامة . منها أنه وارد فى الموضع المخصص لمعالجة نظام التجديد ، رغم أنه كان يدخل فى نطاق معالجة التأمينات الشخصية . وتنشأ عن ذلك صعوبة أولية . فكثيراً ما يحدث أن يتحدث المعلقون على كتابات أولبيانوس عن نظام خارج موضعه الأصلى ، بل ويتحدثون عنه بافاضة فى بعض الأحيان ، عندما كانوا يجرون مقارنات بينه وبين نظم أخرى(٦٩). وهو ما قد يدفعنا إلى القول بأن هذا هو ما وقع فى

(٦٩) الموسوعة : ٤٦ ، ٣ ، ٩ ، ١ ؛ ٤٥ ، ١ ، ١٢٦ ، ١ وأنظر أيضاً .
Levy, Konk, 2, 1, 255

الحالة المطروحة على بساط البحث الآن ، ما لم يوجد مبرر آخر . ففى الدراسة المخصصة للالتزامات اللفظية obligationes verbes ، عالج أولبيانوس أولا التجديد، ثم التعهد عن المدين أو معه adpromissio . فهل كان فى حاجة إلى أن يعود ، وهو فى مجال التعهد عن المدين أو معه adpromossio ، إلى شروط التجديد ، أم كان بالأحرى يحل عدداً من المشاكل المماثلة لما اعترضته وهو فى مجال التجديد ؟ ومن يؤيد هذا الفرض الثانى ، يجد أن احتمالات الاشارة إلى التجديد قد تناقصت .

وهناك ملاحظة ثانية على الفقرة ٩ بأكملها . فهى تلمس عدة قضايا غاية فى التنوع فى مجال التعهد عن المدين أو معه adpromissio . وتضم عدة مقترحات ، لاتجمعها فى الأصل رابطة مشتركة . ويتعين اعتبار بعض هذه المقترحات ، وعلى وجه التحديد الحلول التى تضمنها البندان الأول والثانى ، ثمرة ايجاز ، وأدى استئصالها من صلب النص إلى محو كل اشارة إلى التعهد عن المدين أو معه ، وإلى كل تذكرة محتملة بنظام التجديد .

ولنعالج الآن مضمون البند الثانى ، وهو الذى يهمنا فى مجال بحثنا . وإذا كان يتعين تفسير النص من حيث تماسكه المنطقى ودقته اللغوية ، فاننا نقول أن النص يتسم بالتناقض . فاذا اشترط شخص ، بطريق التعهد الرسمى ، حق المرور المسمى actus ، ثم اشترط بعد ذلك حق المرور المسمى iter ؛ أو إذا اشترط أولا حق الانتفاع ، ثم اشترط حق الاستعمال بعد ذلك ، فان التعهد الرسمى الثانى يكون باطلا ، لأنه وان كان يوجد عنصر وحدة الدين idem debitum ، فان العنصر الجديد aliquid novi غير موجود ، ما دام أن الحق الذى له المضمون الأقل والذى يرد عليه التعهد الثانى يعتبر جزءاً من الحق ذى المضمون الأكبر والذى يرد عليه التعهد الأول .

وعلى العكس فانه إذا اشترط أولا الـ iter ثم اشترط ثانياً الـ actus ، فانه يوجد شىء آخر aliud ولا يتحقق العنصر الجديد aliquid novi . وهكذا فاننا نكون بصدد نفس الشىء idem أو شىء آخر aliud بحسب

ما إذا كنا نهبط أو نصعد سلم الحقوق العينية . ولم يستطع أولبيانوس أن يقول ذلك . وأيا كان الأمر ، فاننا نعرف الآن رأيه . فهو لم يكن يسلم بفكرة الجزء ، بل كان يرى أن هناك شيئاً آخر aliud فى كل الحالات .

فلا يمكن أن تنسب إلى أولبيانوس اذن الصيغة الحالية للنص ، بل وحتى مضمونه . ومع ذلك ، يتعين أن يكون لنص جستينيان معنى ، وهو مالا يصعب التوصل اليه . ذلك أن واضعى مجموعات جستينيان التشريعية تركوا ، عند تقليصهم النص والتعديل فيه ، كلمة الـ aliud ، باعتبارها تشير إلى الـ aliquid novi . وهكذا فان معنى الفقرة موضوع الحديث مساو لمعنى النص المنسوب إلى جوليانوس ، وهو : أن التعهد التجديدى غير صحيح فى حالة الانتقال من الأكثر إلى الأقل ، وهو صحيح فى الحالة العكسية ، مع التحفظ (وهو غير مكرر فى نص أولبيانوس) بأن ذلك يمثل نقطة البداية ، التى يمكن أن تصحح عن طريق وجود نية التجديد animus novandi المعبر عنها بطريقة مناسبة . ونقابل من جديد اللامبالاة بالمشكلة العقلانية الخاصة بالـ idem أو بالـ aliud ، إذ أن النتيجة العملية هى التى كانت تهم . ومن هنا ينشأ تبرير عدم الالتفات الذى أدى إلى ترك الـ aliud فى النص .

وتقودنا هذه النتائج التى توصلنا اليها إلى البند الخاص بالفقيه جوليانوس ، وإلى الأفكار التى يتضمنها . فمن الفقهاء من لا يشاطر جوليانوس الرأى . ومما لا شك فيه أن أولبيانوس كان من بين هذا الفريق . فقد كان يذهب إلى أن الحق الذى له مضمون أقل لا يعتبر جزءاً من الحق الذى له مضمون أكبر ، ومن ثم فانه ما كان من الممكن أبداً إثارة قضية الأكثر أو الأقل (أى الوحدة idem فى المقدار الأقل) ، بل هناك دائماً شىء آخر aliud . ويترتب على ذلك أن التجديد لم يكن ممكناً أبداً . إذ أن فكرة الشىء الآخر aliud تؤدى إلى صحة كلا التعهدين ، السابق واللاحق معاً . ولا يوجد بالتالى تجديد بالنسبة للقانون المدنى الرومانى ius civile ، بل ازدواج التعهد .

وهذا لا يعنى استبعاد اللجوء إلى الدفع بالاتفاق exceptio pacti ، الذى كان من الممكن أن يصور تجديداً بريتورياً . والوضع الذى كان ينجم عن ذلك هو الآتى :

١ — فمن اشترط أولا حق الملكية ثم اشترط بعد ذلك حق الانتفاع (ولنقتصر على هذا المثال) ، وتمسك صاحب الشأن بالتعهد الأول ، فكان يرد طلبه بواسطة الدفع بالاتفاق exceptio pacti . وإذا ما تمسك صاحب الشأن بالتعهد الثانى ، فانه كان يمكنه أن يتمسك بعدئذ بالتعهد الأول . لكن موقفه عندئذ ما كان يختلف عن أحد فرضين : فاما أن يقيم الدعوى للحصول على الملكية التامة ، وكان لابد أن يخسرها على أساس المطالبة بأكثر من المستحق Pluris petitio (حيث أنه قد أشبعت رغبته بنشوء حق الانتفاع) ؛ واما أن يحاول تفادى ما يتعرض له نتيجة للمطالبة بأكثر من المستحق ، بأن يقيم الدعوى للحصول على مجرد ملكية الرقبة ، ولكن ترفض عن طريق الدفع بالاتفاق .

٢ — ومن اشترط أولا حق الانتفاع ، ثم اشترط حق الملكية بعد ذلك ، وأقام الدعوى على أساس التعهد الثانى ex secunda stipulatione ، فانه يجاب إلى طلبه . ولكن لا يستطيع بعدئذ أن يرفع الدعوى على أساس التعهد الأول cx priore stipulatione. ولا يرجع ذلك إلى التجديد ، بل كأثر للوفاء solutio . إذ أن الشىء الذى سيطالب به قد أصبح له . وكان يستطيع أيضاً أن يقيم الدعوى على أساس التعهد الأول ، كما يمكنه الاحتفاظ بحق المطالبة بالكل على أساس التعهد الثانى . وكان من الممكن أن يحدث أيضاً أن يتمسك المدعى عليه بالدفع بالاتفاق e. pacti على أساس التعهد الثانى . فلقد كان للمدين فى الحقيقة مصلحة فى عدم استدعائه أمام القضاء مرتين : مرة من أجل حق الانتفاع ، ومرة أخرى من أجل ملكية الرقبة .

والنتيجة التى نخلص اليها من العرض المتقدم أن التجديد البريتورى كان جائزاً فى حالات لم يكن يقبله فيها جوليانوس . فالدفع بالاتفاق e. pacti

الذى كان له أثر مبرىء بالنسبة لأحدهما ، كان يقوم بوظيفة التجديد بالنسبة للآخر .

وهكذا يظهر إلى النور عالم حاول جستينيان اخفاءه عن طريق استخدام معول المحو والتحريف ، وتعاد معرفة مضمون المؤلفات volumina التى كانت تعالج التجديد ، ويتكلم عنها جستينيان بنغمة التوبيخ ، كما سيلى تفصيله . فلقد بسط الوضع واختصره فى الحدود الآتية :

١ — لم يعر أى اهتمام للفكرة النظرية الخاصة بالجزء pars . فعلى العكس ، كان ما يهمه هو أن يظل التصرف صحيحاً ، سواء تعلق بالتجديد ، أو بالمبارأة ، أو بالكفالة .

٢ — وقبلت الايجابيات التى تضمنتها نظريتا جوليانوس ، وأولبيانوس فيتحقق التجديد فى الحالات التى يقبله فيها كل منهما . وأصبح كل تجديد له نفس الآثار . فلم يعد يوجد ما يسمى بالتجديد البريتورى .

وهكذا نتوصل إلى شرح الجزء الأخير من النص الوارد فى موسوعة جستينيان . فتحريفه يعنى تضمينه بعض الأفكار الجديدة والمتناقضة ، بالنسبة لتفكير جوليانوس . فالأفكار الجديدة أخذت عن الرأى الذى لم يكن يتبعه جوليانوس . وعلى كل حال ، فانه يمكن حصر ما يعتبر جديداً وغريباً على عالم العصر العلمى ، فى عنصر الارادة المعبر عنها صراحة Volontas specialiter expressa ، الذى نص عليه دستور جستينيان الخاص باصلاح نظام التجديد كما سيلى .

٢٢ — وهناك فرض يختلف عن الفروض التى عالجناها حتى الآن ، ويشمله نص آخر لجوليانوس :

الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٦ ، ٧ :

"si a te stipulatus fuero fundum sempronianum, deinde eundem fundum detracto usu fructo ab alio stipu-

lor, prior stipulatio non novabitur, quia nec solvendo fundum detracto usu fructu liberaberis, sed adhuc a te recte fundi usum fructum peterem. Quid ergo est?
cum mihi fundum dederis, is quoque Liberabitur, a quo detracto usu fructu fundum stipulatus fueram".

يقول جوليانوس :

« إذا اشترطت عليك قطعة الأرض سمبرونيوس ، ثم اشترطت بعد ذلك على شخص آخر قطعة الأرض ذاتها منفصلا عنها حق الانتفاع ، فلن يجدد التعهد الأول : لأنه بتسليمى قطعة الأرض منقوصاً منها حق الانتفاع ، فانك لن تبرأ ، ولكن يمكننى أيضاً أن أطالبك على وجه صحيح بحق الانتفاع . ماذا سيحدث إذن ؟ عندما تعطينى قطعة الأرض ، فان الشخص الآخر الذى اشترطت عليه قطعة الأرض منقوصاً منها حق الانتفاع ، سيتحرر ».

فكما هو واضح ، يعرض النص الفرض التالى : اشترط أحد الأشخاص ، بطريق التعهد الرسمى ، بأن يقوم « كايوس » باعطائه أرض « سمبرونيوس » . ثم قام هذا الشخص أيضاً بابرام تعهد مع تيتيوس ، مشترطاً عليه فيه باعطائه ملكية رقبة الأرض ذاتها .

فالفرض هنا جديد ، إذا قارناه بما سبقه من فروض . وذلك ، لا لأن للتعهد الثانى محلا لم نصادفه حتى الآن ، فمن هذه الناحية نجد أنه ما دام أننا خلعنا تكييف الجزء pars على حق الانتفاع ، فانه يتعين خلع هذا التكييف أيضاً على ملكية الرقبة — بل لأننا بصدد تجديد شخصى يتضمنه النص الذى نحلله . فتغيير الشخص يكفل وجود العنصر الجديد aliquid novi ، الذى لا يتوفر فى الانتقال الموضوعى من الأكثر إلى الأقل . ولذلك فان التجديد يتحقق . وإذا كان النص يقول بأن التعهد الأول لا يجدد stipulatio non novabitur ، فلكون التعهد الأول لا ينقضى بأكمله ، ليس الا .

وهذا هو ما يستخلص من مقارنة النظام المذكور بالوفاء الجزئى . ومن هنا فان النص يقرر بأنه إذا لم يقم المدين الذى يقع على عاتقه الالتزام بنقل الملكية الكاملة ، الا بنقل ملكية رقبة الأرض إلى الدائن detı acto usu fructu ، فان للدائن أن يطالب بحق الانتفاع فقط ، ويكون طلبه صحيحاً recte بمعنى أن الوفاء solutio بملكية الرقبة ، الذى يقبله الدائن ، يكون له أثر انقضائى جزئى . فيمكن مقارنة هذه الحالة بالانابة فى الوفاء delegatio لأن solvit et qui reum delegat ، كما يقول جوليانوس نفسه (٧٠) .

ومن ثم فانه إذا لم يكن يتحقق التجديد الكلى ، فانه يتحقق مع ذلك التجديد الجزئى . فتتحرر ذمة المدين إذا قام بانشاء حق الانتفاع فقط . بيد أنه إذا قام بنقل الملكية الكاملة للدائن ، فان ذمة المناب تتحرر بمقتضى ذلك ، لأن الدائن لا يستطيع مطالبته بنقل حق أصبح مملوكاً له . وهذا هو معنى الجزء الثانى من النص . فالتجديد الجزئى ممكن ، وإن كان لا يمكن اجراوه فى بعض الأحيان كما سيلى .

٢٣ – ولقد نظر إلى مشكلة التغير فى مقدار الشىء المستحق من زاوية أخرى ، فى نص الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٢٩ ، فاتحة ، وهاكم النص :

> "Scire debemus in stipulationibus tot essestipulati-nes, quot summae sunt, totque esse stipulationes, quot species sunt. secundum quod evenit, ut mixta una summa vel specie, quae non fuit in praecedenti stipulatione, non fiat novatio, sed efficit duas esse stipulationes".

يقول أوليبانوس :

«يجب علينا أن نعرف أنه فى مجال التعهدات الرسمية ، يوجد من التعهدات بقدر ما يوجد من المبالغ ، ويوجد من

(٧٠) الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ١٨ .

التعهدات بقدر ما يوجد من الأشياء . ونتيجة لذلك فانه يحدث أنه باضافة مبلغ أو شيء لم يكن فى التعهد السابق ، لاينشأالتجديد ، بل يترتب على هذه الاضافة وجود تعهدين معاً » .

يلاحظ أن النص مأخوذ من صلب موضوع كان يعالج فيه التجديد . فقاعدة أنه « توجد تعهدات منفصلة بقدر الأشياء أو المبالغ المشترطة « tot sunt stipulationes quot species, summae sunt
تعنى أن الديون التى تتجمع فى اطار واحدلا تنتج سوى مجرد وحدة شكلية، ولكنها من حيث الجوهر تعتبر كما لو كانت قد أنشئت منفصلة . فاذا قام أحد الأشخاص مثلا باشتراط « العبد ستيكوس وحوزته » فانه يكون هناك تعهدان ، وبالتالى دعويان ودينان ، منفصلان ومستقلان أحدهما عن الآخر . هذا هو المبدأ . بيد أنه لم تعرض فى النص جيداً النتائج التى يمكن أن تترتب عليه فى نطاق التجديد . فالجزء الأخير من النص موجز كما هو واضح .

ولكن ليس من الصعب التوصل إلى هذه النتائج فى مجال التجديد . فلو فرض أن أحد الأشخاص ، بعد أن اشترط فى العام الماضى قطع الأراضى أ ، ب ، جـ ، يقوم اليوم باشتراط قطع الأراضى أ ، ب ، جـ ، د ، هـ
mixta una pecie quae non fuit in fraeccdente stipulatione .
فهل يجدد هذا التعهد الثانى التعهد الأول ؟ يجيب أولبيانوس على ذلك بأن التجديد لا يتحقق non Fit novatio لا بالنسبة لقطع الأراضى أ، ب، جـ التى تعهد بها مرتين دون عنصر جديد aliquid novi ، ولا بالنسبة لقطعتى الأرض د ، هـ اللذين كانا موضوع التعهد الثانى فقط. ومادام أن التعهدات الموحدة من الناحية الشكلية هى فى الحقيقة مركبة ، لذلك فان التعهدات التى أبرمت للمرة الثانية والتى اشترطت بمقتضاها قطع الأرض أ ، ب ، جـ تقع باطلة ؛ أما التعهدان اللذان اشترطت بمقتضاها قطعتا الأرض د ، هـ فهما صحيحان ، دون امكانية الكلام عن وجود تجديد .

ويسرى نفس هذا القول على التعهد الرسمى الذى تكون صيغته « هل تعدنى بالعبد استيكوس وبحوزته ؟ » السالفة الذكر . ففى الحقيقة ، يوجد

تعهدان رسميان يميز بينهما القانون ويفصل أحدهما عن الآخر . ومن ثم فان التعهد « هل تعدنى بالعبد استيكوس » ، إذا ما انفصل عن التعهد الآخر ، وقصر عليه وحده ، لم يعد يتضمن شيئاً ما جديداً ، بالنسبة للتعهد الأول الذى له نفس الصيغة . فهذا التعهد الثانى باطل إذن ، ولا يمكن أن يجدد التعهد الأول . فتسبيب أولبيانوس حاذق وقوى ، حينما قال أن التجديد لايتحقق ، لأنه يوجد تعهدان Duae sunt stipulationes .

بيد أنه يتعين علينا ألا نفرط فى استغلال تسبيب أولبيانوس هذا ، وألا نوسع فى تفسيره وتطبيقه . فمثلا فى الفرض الذى سبق أن تعرضنا له والذى جاء على لسان جوليانوس (٧١) ومفاده أن أحد الأشخاص قد اشترط أولا حق الانتفاع بقطعة أرض ، ثم اشترط الملكية الكاملة لهذه الأرض . فهل يتعين أن نجزىء هنا أيضاً التعهد الثانى ، ونقول أنه صحيح بالنسبة لملكية الرقبة ، بينما هو باطل فيما يتعلق بحق الانتفاع ما دام أنه فى هذا الخصوص مجرد تكرار للتعهد الأول ؟ لا ، بدون شك . فليس لدينا هنا ، كما هو الشأن فى الفرض السابق ، شيئان متميزان duae species ، بل شىء واحد ، وهو قطعة الأرض ، ولايوجد بالتالى سوى تعهد واحد أبرم فى المرة الثانية . وما دام أن هذا التعهد الثانى الوحيد يتضمن فى حد ذاته شيئاً ما جديداً ، وهو ملكية الرقبة ، فانه يكون صحيحاً بالنسبة للكل .

٢٤ ـ حالات انعدام وحدة الدين idem debitum التى يقبلها القانون المدنى الرومانى :

سبق أن عرضنا لبعض الفروض المتعلقة بالتجديد البريتورى ، والتى صحح فيها البريتور حالات انعدام وحدة الدين باسم نية التجديد animus novandi . وهناك وضع مماثل يمكن أن يتحقق أيضاً فى محيط القانون المدنى ، وذلك إذا كانت العلاقة التى تجدد من علاقات حسن النية . وهذا هو ما جاء على لسان بابينيانوس فى نص الموسوعة : ٢٢ ، ١ ، ٤ :

---

(٧١) الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٨ .

"Si stipulatus sis rem dari vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet. An idem de partu ancillae responderi possit, considerandum est. Nam qoud ad verba superiora pertinet, sive factum rei promittendi sive effectum per traditionem dominii transferendi continent., partus non continetur :

Verum si emptor a venditore novandi animo ita stipulatus est, factum tradendi stipulatus intellegitur, quia non est verisimile plus venditorem promisisse, quam iudicio empti praestare compelleretur. Sed tamen propter illa verba "vacuamque possessionem tradi" potest dici pattus quoque rationem committi incerti stipulatiotne(٧٢) : etĕnim ancilla tradita partum postea edtum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset.

1. Si post contractam emptionem ante interpositam stipulationem partus editus aut aliquod per servum venditori adquisitum est, quod ex stipulatu consequi non poterit, idcio empti consequitur : id enim quod non transfertur in causam novationis iure pristino peti potest".

يقول بابينيانوس :

« إذا اشترطت ، عن طريق التعهد الرسمى ، أن ينقل اليك أحد الأفراد ملكية شيء ، وأن يمكنك من الحيازة الهادئة له ، فالمنطق يقضى بأن الثمار التى اقتطفها مدينك منذ ابرام التعهد تكون لك . ولك فى هذا الصدد الدعوى العامة التى تنشأ عن التعهد الرسمى ، بسبب الشرط الأخير الذى تضمنه تعهدك الرسمى . ولنبحث ما إذا كان يتعين علينا أن نقول نفس الشيء بالنسبة للمولود من رقيقة تستحق

(٧٢) يلاحظ أن العبارة :

"Potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione"

تصحح عادة على النحو التالى :

"Potest dici partus quoque ratione committi incerti stipulationem".

لك بمقتضى تعهد مماثل : لأن عبارة الشرط الأول ، سواء تعبر عن واقعة المدين الذى ينقل الملكية ، أو تبين الأثر الأثر الذى يجب أن يرتبه التسليم الذى يتعين عليه القيام به لك، لنقل ملكية المرأة الرقيقة اليك ، هذه العبارة لا يمكن أن تمتد إلى المولود منها منذ ابرام التعهد الرسمى . وإذا كان مثل هذا التعهد قد أجرى بواسطة مشتر إلى بائعة ، مع نية تغيير الالتزام الناشىء عن البيع ، فان هذه العبارة التى يتضمنها الشرط الأول الذى نتحدث عنه ، لا يمكن أن تفهم إلا من واقعة نقل وضع اليد الذى يلتزم به البائع ، وليس من نقل ملكية الشىء المبيع : لأنه ليس من المحتمل أن البائع رغب بمقتضى هذا التعهد أن ينشىء التزاماً أكثر امتداداً من الالتزام المتولد عن البيع . ولكن يمكن لمن أبرم التعهد لمصلحته أن يطالب بتسليمه المولود من الرقيقة ، على أساس الشرط الثانى للتعهد المعبر عنه بهذه الألفاظ «وتنقل لى وضع اليد» ؛ لأنه إذا كانت الرقيقة قد سلمت اليه فعلا ، فان المولود منها بعد التسليم كان سيعتبر جزءاً من ذمته المالية .

إذا ولد المولود من هذه الرقيقة بعد البيع ، ولكن قبل أن يشترط المشترى على البائع ، بطريق التعهد الرسمى ، أن يسلمه الرقيقة ؛ أو إذا تعلق الأمر برقيق مباع اكتسب شيئاً لمصلحة البائع ، فان المشترى لن يستطيع أن يحصل على هذه التوابع بمقتضى التعهد الرسمى الذى أجراه عندئذ ، ولكن سيكون له بهذا الشأن دعوى البيع . وفى الحقيقة أن كل ما لا يحتويه الالتزام الجديد ، الذى نغير بمقتضاه الالتزام الأول ، يمكن دائماً المطالبة به على أساس الالتزام الأول» .

أخذ هذا النص من صلب موضوع كان يعالج التعهد الرسمى غير المعين stipulatio incerti . بيد أن هذه المسألة quaestio لم تعالج فيه بأكملها . ومهما يكن من أمر ، فان النقطة التى تهمنا يمكن أن توضح من واقعة ذكر التعهد « بنقل ملكية شيء ما ، وبنقل الحيازة الهادئة stipulatio rem dari vacuamque possessionem tradi ،
وان كان من غير الممكن أن نتوقع أن يدرس وحده فى نطاق المشكلة التى يشير اليها النص الحالى . كما يلاحظ أن ذكر البيع تم فجأة وبدون تمهيد ex abrupt

ومادام أن عرض بابينيانوس ليس سهلا ، لذلك فاننا سنقوم أولا بشرح النص فى أجزائه المختلفة ، ثم نهتدى على ضوء ذلك إلى سيره المنطقى.

فالتعهد الرسمى stipulatio الذى يعالجه النص يحتوى على شرطين ، أحدهما معين certa ، والآخر غير معين incerta : « نقل ملكية شيء ما rem dari » ، و« نقل الحيازة الهادئة Vacuam possessionem tradi » .
والمشكلة محل الجدل هى ما إذا كان المولود من الرقيقة ، وهى محل التعهد الرسمى ، يئول إلى طالب التعهد . ويمكن الاجابة على هذا التساؤل من زاويتين : من زاوية امكانية أيلولة الطفل المولود بعد ابرام التعهد ، ومن زاوية امكانية أيلولة الطفل المولود أيضاً فى الفترة ما بين ابرام عقد البيع وابرام التعهد (أى قبل انعقاد التعهد) ، وذلك فى حالة ما إذا كان التعهد يرمى إلى تجديد الالتزامات الناشئة عن بيع سابق . ولقد رجع بابينيانوس ، فى سبيل الاهتداء إلى حل لهذه المشكلة الخاصة بالمولود الجديد ، إلى الحل الذى يمكن تقريره بالنسبة للثمار ، ليستخلص من ذلك بلا ريب حجة قياسية .

ويجيب بابينيانوس بالايجاب بخصوص المسألة المتعلقة بالثمار (٧٣) ، على أساس تسبيب عام : « المنطق يقضى ratio suasdet » . كما أنه يقرر

---

(٧٣) أنظر :
Grosso, obbligazioni (Corso di diritto romano), Torino, 1955, 24.

نفس الحل فيما يتعلق بابن الرقيقة المولود بعد ابرام التعهد . ونسبيبه فى هذه الحالة الأخيرة أكثر اتساعاً ويعرضه على النحو التالى : يتعين أن ينفذ الالتزام فوراً statim ، إذا لم يكن مضافاً إلى أجل . ويترتب على تنفيذه فى الحالة التى نحن بصددها ، أن يتم نقل وضع اليد ، وهذا يؤدى إلى اكتساب التوابع. فكما أن وضع اليد واجب الأداء ، فان التوابع واجبة الأداء بدورها : فمضمون التزام المتعهد هو نقل وضع اليد على المولود الجديد ، وليس نقل الملكية ، على أساس أنه ينبع من شرط « نقل وضع اليد Possessionem tradi ». ولذلك فان بابينيانوس يتكلم عن أن المولود يعتبر « جزءاً من ذمة طالب التعهد habere in bonis ».

هذا ، والتسبيب الذى يقوم عليه اكتساب المولود الجديد يسرى أيضاً على اكتساب الثمار . وإذا كان فقيهنا يقتصر على القول « المنطق يريد ratio suadet » ، فربما لأن هذه المسألة كانت قد حسمت فى عصره ، أو لأن عبارة « المنطق يريد ratio suadet » كانت تمثل بديلا لشرح أكثر استفاضة ومعروف مقدماً . ومهما يكن من أمر فان هذا التعبير محير . وربما كان الأدعى بالاهتمام هو معرفة ماذا كان يقرره القانون الوضعى .

وينشأ الالتزام بتسليم التوابع الناتجة بعد ابرام التعهد الرسمى ، Post stipulationem من شرط « نقل وضع اليد Possessionem tradi » وليس من شرط « نقل الملكية rem dari » . فهذا الشرط الأخير يفرض على المتعهد الالتزام بنقل ملكية الشىء . وهذا الالتزام يفهم على أنه يتعلق بالعمل الناقل للملكية فقط Factum rei promittendi ، أو يتعلق بضمان أن يكون للعمل الناقل للملكية أثره وهو أن يصبح طالب التعهد مالكاً effectum domînii transferendi ، فهو لا يمتد أبداً إلى التوابع (٧٤) .

---

(٧٤) أنظر :

Lenel, Paling. 1, 868; De Francisci, Trasferimento della proprietà, Padova, 1924, 189.

وتسرى كل هذه الأفكار على التعهد بنقل الملكية وبنقل الحيازة الهادئة stipulatio rem dari vacuamque possessionem tradi ، بصفة عامة . ولكن ، يمكن للطرفين أن يبرمانه بغرض تجديد التزامات ناشئة عن بيع سابق . فمدار البحث هو تقرير ما إذا كان التجديد يتحقق ، وما هى حدوده .

ذلك أن الالتزامات التى تقع على عاتق البائع هى تلك الخاصة بتمكين المشترى من الحيازة الهادئةوالمستمرة للشىء vacua possessionem tradere ، وبتمكينه من الحصول على التوابع وعلى مايخدم الشىء commoda rei بصفة عامة ، من وقت ابرام البيع ، وأن يكون سلوكه يتسم بحسن النيه (٧٥) .

وللتعهد بنقل الملكية والحيازة الهادئة Stipulatio rem dari vacuamque possessionem tradi مضمون أقل ، ومن ثم فانه يفتقد عنصر وحدة الدين idem debitum . فليس هناك أثر انقضائى بصفة كاملة للالتزامات الناشئة عن البيع ex vendito الا عن طريق استخدام صيغة conceptio ملائمة (٧٦) . ولما كان العقدان ، التعهد الرسمى وعقد البيع ، يظلان لذلك على قيد الحياة ، فانه يتعين تحديد ما يمكن الحصول عليه بمقتضى كل منهما .

ينتج التعهد أولا ، الالتزام بالاعطاء dare . ولكن يتعين أن يخلع على الاعطاء datio معناه الضيق للغاية ، كعمل ناقل للملكية . فالبائع

---

(٧٥) الموسوعة : ١٨ ، ١ ، ٨٠ ، فاتحة ؛ ١٩ ، ١ ، ١٣ ، ١٠ – ١١ – ١٣ – ١٨ ؛ ١٩ ، ٤ ، ١ فاتحة ؛ مجموعة الدساتير : ٤ ، ٤٩ ، ١٣ .

(٧٦) مثل «مايتعين أعطاوه لك بمقتضى البيع "Quidquid ex vendito te dare facere oportet" وماشابهها ، كما هو مستخلص من الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٢٧ .

بصفته هذه قد لا يكون ملزماً الا بهذا العمل . ولذلك فانه من المحتمل أنه لا يريد العمل على زيادة مضمون التزامه بواسطة التعهد .

ويبدو أن هذه الحجة التى قال بها بابينيانوس ، توسس على سببين . أولهما له طابع سلبى : فبدون حاجة إلى تكرار العودة إلى نموذجى التجديد المتقابلين ، وهما التجديد المدنى والتجديد البريتورى ، فانه من المسلمات أنه لا توجد أية صعوبة فى الانتقال من الالتزام بالتمكين habere licere إلى الالتزام بإجراء الاعطاء datio . وثانيهما له طابع ايجابى : فمع أنه لا يمكن اجراء التجديد وفقاً لنموذج القانون المدنى، يوجد مع ذلك نيه التجديد لدى الطرفين ، ولا يريد البائع بمقتضاها أن يضاعف أداءه . فيتعين تفسير التعهد من خلال هذه الزاوية : فوجود التجديد مسألة قانون ، ولكن مضمون ارادة المدين مسألة واقع ، من الممكن الاهتداء اليها سواء وجد طرفاً التجديد أو لم يوجدا . ومن ثم فانه ينسب إلى ارادة البائع التعهد ، لا بأقصى ما يمكن أن يكفله الالتزام بالاعطاء dare ، بل بالمضمون الذى يتلائم مع الوضع السابق . وما دام أن أقصى ما يستطيعه البائع ، دون أن يتخطى حدود البيع ، هو أن يتعهد باجراء العمل الناقل للملكية ، فانه يتعين أن يكون ذلك هو ما قصده بالالتزام الجديد . وهذا تطبيق دقيق لمعيار القياس فى مجال التفسير . وهو تعليل لا يمكن تصوره الا بالتسليم بكل كلمة موجودة فى النص ، بما فى ذلك عبارة نية التجديد animus novandi (٧٧) .

وينتج التعهد ثانياً ، الالتزام بنقل الحيازة Possessionem tradere ولا توجد هنا مشاكل تفسير بالنسبة للالتزام فى ذاته . ولكن يتعين حسم مسألة ما إذا كان من الممكن للتعهد أن يكفل التوابع التى تنشأ قبل ابرامه :. والاجابة على ذلك تكون بالنفى بكل تأكيد . فالتعهد الرسمى ، بدون صيغة ملائمة conceptio لا يمكن أن يكفل الا ما ينتج من لحظة ابرامه .

---

(٧٥) أنظر : أرانجو رويز Arangio — Ruiz المؤلف السالف الذكر ؛ ١١٩ ؛ وكذلك :

Pasquale Voci, Diritto ereditaiio romano, 2, 894.

ولنرى الآن ما يمكن للبيع أن يكفله . فما يحتويه التعهد الرسمى لايستطيع البيع أن يباشر أى أثر عليه : من حيازة ، واعطاء datio ، والملحقات التى تنشأ بعد ابرام التعهد Post stipulationem . إذ لما كان البيع من تصرفات حسن النية ، ويقتضى حسن النية عدم المطالبة بأداءات اتفق عليها وكفلتها طريقة أخرى ، ومن ثم فان جزء الطلبات intentio فى صيغة الدعوى يقتصر مضمونه بقوة القانون iposo iure على الاداءات التى لم يتضمنها التعهد الرسمى . فليس هناك حاجة اذن للدفع بالاتفاق exceptio pacti ، أو الدفع بالغش exceptio doli .

بيد أن هناك بعض التزامات البائع لا يشملها التعهد الرسمى . ويستطيع المشترى بالنسبة لها أن يرفع دعوى الشراء actio empti . وهو يحصل ، بمقتضى هذه الدعوى ، على الملحقات التى تنتج فيما بين البيع والتعهد الرسمى .

ولنحاول ، بعد أن شرحنا النص بأجزائه المختلفة ، أن نوضح سيره المنطقى . فمن المحتمل أن بابينيانوس كان يبحث النتائج التى تترتب على التعهد بالإعطاء وبنقل الحيازة stipulatio rem dari vacuamque possessionem tradi ازاء بيع سابق ، وكان يرمى إلى مقارنة ما يتحصل عليه بواسطة البيع ، بما يتحصل عليه عن طريق التعهد الرسمى .

ولم يكن من الممكن الحصول على الملحقات بمقتضى شرط الاعطاء remdari ، لأن الاعطاء ، أيا كان مفهومه لا يحقق هذه النتيجة ، ثم إنه يفهم بالمفهوم الضيق فى ا لحالة محل البحث. وعلى العكس، فانه يمكن الحصول عليها بمقتضى شرط نقل الحيازة Possessionem tradi ، ولكن من وقت ابرام التعهد . وفيما عدا ذلك تظل دعوى الشراء actio empti هى المعمول بها .

وهكذا يتضح أن التجديد ، بحسب النموذج الذى يقرره القانون المدنى ، ليس موجوداً فى نص بابينيانوس ، وذلك لأنه ينتقل من التمكين habere licere إلى الاعطاء dare ، ولأن الملحقات لا يمكن المطالبة بها بأكملها

عن طريق دعوى التعهد الرسمى actio ex stipulatu . ولكن تنقضى بعض الالتزامات الناشئة عن البيع cx vendi.o ، بمقتضى قواعد القانون المدنى الرومانى ، مما يرتب آثار تجديد جرئى ، أطلق عليه بابينيانوس فى البند الأول اسم التجديد .

وسمة هذا التجديد أن الأثر الانقضائى لا ينتج عن التعهد الرسمى stipulatio ، بل عن طبيعة حسن النية التى يتصف بها البيع ، والتى ترفض ازدواج الأداء : فالتعهد مسلمة ، وحسن النية هو سبب الانقضاء وعليه ، فانه لما كان انقضاء الالتزام الأول Prior obbligatio ليس نتيجة مباشرة للتعهد الرسمى ، فان التجديد المبين حالا على هذا النحو يماثل التجديد البريتورى .

ويشهد البند ، بعد أن شرح بكل أجزائه ، بدقة بابينيانوس وعمقه . وليس هناك محل للقول بأن التأكيدات الهامة التى تضمنها النص ، والتى فسرت على وجه غير صائب ، من عمل معاونى جستينيان أو غيرهم من المحرفين (٧٨) .

٢٥ ـ حالة أخرى يتحقق فيها التجديد البريتورى ، ولكن ليس بسبب عيب خاص بشرط وحدة الدين أو العنصر الجديد : لقــــد درسنا فيما تقدم حالات مختلفة للتجديد ، ليست مطابقة لنموذج القانون المدنى ، بسبب عيب خاص بشرط وحدة الدين idem debitum أو العنصر الجديد aliquid no i

بيد أنه قد تحول دون صحة التجديد أيضاً واقعة أن التعهد الذى يستعمله الطرفان بقصد التجديد ، لا ينتج سوى مجرد مسئولية بريتورية . فلا يستطيع البريتور بالتالى ألا يعترف بالآثار التى تترتب على الأوضاع التى ابتدعها ، ومن ثم يكفل ما يحققه التجديد من نتيجة عملية ، كما فى النص التالى :

(٧٨) أنظر أيضاً : الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٨٩ ؛ ٤٥ ، ١ ، ٧٦ ، ١ ؛ ١٢٥ .

الموسوعة : ٢ ، ١٤ ، ٣٠ ، ١ :

"Qui pecuniam a servo stipulatus est, quam sibi Titius debebat, si a Titio petat, an exceptione pacti conventi summoveri et possit et debeat, quia pactus videatur, ne a Titio petat, quasitum est. Julianus ita summovendum putat, si stipulatori in dominum istius servi de peculio actio danda est, id est si iustam causam intercedendi servus habuit, quia forte tantandem pecuniam Titio debuit; qoud si quasi fideiussor intervenit, ex qua causa in peculium actio non daretur, non esse inhibendum creditorem, quo minus a Titio petat: aeque nullo modo prohiberi eum debere, si eum servum Liberum esse credidisset".

يقول جايوس :

« لأحد الأفراد مبلغ من النقود فى ذمة تيتيوس ، ويقوم عبد بالتعهد له بهذا المبلغ ذاته عن طريق التعهد الرسمى : فاذا طالب تيتيوس بهذا الدين ، فهل يمكن بل وهل يتعين رفض هذه المطالبة بمقتضى الدفع الناشىء عن الاتفاق ، لأنه ، كما هو ظاهر ، من المتفق عليه عدم مطالبة تيتيوس به ؟ يعتقد جوليانوس أن مطالبته سترفض ، مالم تبق له دعوى الحوزة ضد سيد الرقيق : وهذا هو ما يحدث إذا ما كان لدى الرقيق من الأسباب المعقولة لكى يلتزم من أجل تيتيوس ، كما لو كان له عليه مثلا مبلغ مساو .

ولكن ، إذا التزم الرقيق من أجل تيتيوس كضامن ، فلا توجد دعوى الحوزة فى هذه الحالة ، ويعتقد أنه يتعين ألا يمنع الدائن من مباشرة دعواه ضد تيتيوس ؛ وهذا مماثل لما لو تعاقد مع هذا العبد ، بسبب اعتقاده بأنه حر ، فانه لا يمكن أن يحول بينه وبين رفع الدعوى » .

يشير النص إلى حل للفقيه جوليانوس . فالفرض أن « كايوس » دائن للمدعو « تيتيوس » . ويوافق على أن عبداً يتعهد له بنفس المبلغ بدلا من

« تيتيوس » . وما دام أن العبد لا يستطيع أن يلزم نفسه أو سيده وفقاً لأحكام القانون المدنى الرومانى ، فان تعهده لا يكون صحيحاً ، ولا يوجد تجديد مدنى بالتالى . بيد أنه إذا كان تعهد العبد يدخل فى أعمال ادارة أجراها لحساب سيده ، فان السيد يظل ملتزماً على أساس دعوى الحوزة de peculio . ومن ثم تثور المشكلة المتعلقة بما إذا كان يمكن أن يرتب اتفاق الانابة فى الوفاء أى أثر على الالتزام الأول Prior obligatio ، الذى يظل قائماً نتيجة لبطلان الالتزام الثانى .

ويقدر جوليانوس مضمون اتفاق الانابة المشار اليه ، على النحو التالى : الدائن ، وهو المناب لديه ، مستعد لابراء المنيب من الدين ، إذا استطاع الحصول عليه بواسطة التعهد الرسمى الذى يبرمه مع الرقيق . ولذلك فان العبد اما أن يكون فى وضع يسمح له بترتيب التزام ناشىء عن الحوزة de peculio فى ذمة سيده ، وعندئذ يكون للاتفاق قيمة ؛ واما لا يستطيع أن يرتب التزاماً على عاتق سيده ، وفى هذه الحالة يمكن للمناب لديه أن يستصدر حكماً لصالحه فى مواجهة المنيب على أساس الالتزام الأول ex priore obligatione .

ويعنى كل ذلك أن التعهد الذى يبرم مع العبد يمكن أن يحقق التجديد أولا يحققه : فاذا ما حققه ، فان الأمر يتعلق بتجديد يحميه البريتور . فهذا الأخير يرفض ، بناء على الدفع بالاتفاق exceptio pacti ، كل أثر للالتزام الأول Prior obligatio (٧٩) .

---

(٧٩) جايوس : ٣ ، ١٧٦ ؛ الموسوعة : ١٥ ، ١ ، ٣ ، ٥ – ٧ ؛ الموسوعة : ٤٤ ، ٧ ، ٤٤ ، ٦ ؛ ٤٥ ، ٣ ، ١ ، ٦ . وأنظر أيضاً

P. Voci, una quaestio papinianea in tema di stipulatio poenae, st. in memoria di A.Giuffrà, P.Voci, La responsabilité del debitore da stipulatio poenae, st., in onore di E. Volterra.

٢٦ ـ **الشرط الرابع : نية التجديد** Animus novandi (٨٠) .

ثار الجدل حول هذا الشرط بخصوص نظام التجديد فى العصر العلمى ، كما قلنا فى المقدمة . فمنذ صدور كتاب الفقيه الألمانى «فون ساليبوس Von Salpius » فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر (٨١) ، شاع الرأى القائل بأن نية التجديد لم تكن شرطاً من شروط التجديد فى العصر العلمى . والحق أن «فون ساليبوس» ذهب إلى أن أساس التجديد كان فى الأصل هو التعهد الرسمى التجديدى stipulation novatoire ، مفهوماً على أنه مجرد عمل شكلى . وكان لهذا التعهد أثر انقضائى بالنسبة للالتزام القديم، مثله فى ذلك مثل ما كان يترتب على الاشهاد على الخصومة Litis contestatio من انقضاء العلاقة الالتزامية لمعروضة على القضاء . ولكن كان فون ساليبوس يعترف مع ذلك لنية التجديد بمظهر قانونى خلال العصر العلمى .

بيد أنه حدث تركيز من قبل الشراح اللاحقين عليه على فكرة أخرى ، قال بها أيضاً ، وهى أن بعض النصوص التى تتضمن نية التجديد animus

---

(٨٠) أنظر : Von Salpius, Novation und Delegation nach röm. Recht, Berlin, 1864; salkowski, zur Lehre von der novation, 1866; Gradênwitz, Interpolationen în den Pandektên, Berlin, 1887; Lévy, Sponsio, Fidepromissio, Fideiussio, Beriln, 1907; Schulz, classica roman Law, Oxford, 1951; Costa, Animus novandi, studi schupfer, I, 50; Scialoia, Le interpolazioni dei testi delle pandette e L'ipotesi d Bluhme; Cornil, cause et consequences de L'apparition tardive de L'animus novandi, mélanges Fournier, 87; Pringsheim, zur Geschichte des animus novandi, studi Arangio Ruiz, 1952, 1, 509; Bonifacio, La novazione nel dirtto romano, Napoli, 1959.

(٨١) فون ساليبوس ، المرجع السابق .

شابها التحريف . فلقد مد هؤلاء الشراح من نطاق ما أظهره novandi فون سالبيوس من تحريفات ، لدرجة أنه لم يوجد نص لم ينعتوه بأنه محرف بسبب ذكره نيه التجديد (٨٢) .

وخلاصة نظريتهم أن التجديد فى العصر العلمى كان ينتج ليس من نية المتعاقدين ، بل من صيغة التعهد الرسمى التى ينطقان بها . فاذا قارنا كتاب النظم لجستينيان بكتاب النظم لجايوس ، فاننا سنلاحظ اختلافاً وحيداً فيما يتعلق بموضوع التجديد . فالعنصر الذى يركز عليه جستينيان ، وهو نية التجديد ، يضرب جايوس صفحاً عنه تماماً . ويستخلصون من ذلك أنه ما كان لازماً فى عصر جايوس ليس نية التجديد ، وانما الشكل الارتسامى للتعهد التجديدى : فالتجديد كان يتوقف ليس على ما أراده المتعاقدان ، بل على ما قالاه وهذه الصيغة التى ينطقان بها ، ليست قابلة للتفسير أو التأويل . فمعناها محدد مقدماً . ومن ثم فبمجرد النطق بها ، فان أثرها لا يمكن تجنبه ويترتب فوراً .

فشرط نية التجديد ، فى تقديرهم ، لا يرجع تاريخه الا إلى جستينيان الذى أدخله بطريق التحريف ، فى نصوص العصر العلمى . ولم يعد الطرفان ، فى عصره ، مقيدين بأية صيغة . وفقد التعهد الرسمى قوة الامتصاص التى

---

(٨٢) ويعلن سالبيوس بصفة خاصة ، فى مؤلفه السالف الذكر ص ١٨٩ ، أن نية التجديد أصبحت شرطاً من شروط التجديد ، مقرراً بمقتضى القانون ، ابتداء من الفقيه بابينيانوس فقط . وهذا الاصطلاح كان يستخدمه الفقهاء السابقون عليه ، بقصد تحليل التعهد التجديدى . أما النصوص التى ذهب سالبيوس إلى أنها محرفة ، فهى : الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٨ ، ٤٦ ، ٤ ، ٢٩ ، ٤٦ ، ٢ ، ٣١ ، ١ . فأثر التعديل الذى أجراه جستينيان فيها واضح بدرجة ملموسة ، أما فيما يتعلق بالمدى نطاق النصوص المحرفة ، فانظر : جراديتفيتز ، المرجع السالف الذكر ، ص ٢١٨ ، ليفى ، المرجع المشار اليه ، ص ٣٣ ، سالكوفسكى نفس المرجع المشار اليه من قبل ص ٩٥ .

كان يتسم بها فى عصر جايوس ، كما زالت صيغة اللفظية (٨٣) . وأصبح يكتفى بالاشارة اليه فىعبارات مدونة يتضمنهاالتصرف القانونىquibuscumque verbis compositae . وسقط المعيار الشكلى القديم ، واستبدل به البحث عن ارادة الطرفين . ومن هنا برزت فكرة نية التجديد بمفردها فى مؤلفات جستينيان التشريعية . وتطلب جستينيان أن تكون ارادة التجديد صريحة ، والا فان التعهد الجديد لن يترتب عليه سوى زيادة الوسائل القضائية لصالح الدائن .

ولم يعد التجديد بالتالى تلقائياً ، بل أصبح قصدياً . ولذلك فان جستينيان لم يدع يتكلم فى مؤلفاته المذكورة ، الا لمن يتفق من الفقهاء فى كلامه مع قوانينه الجديدة . ولم يتردد فى ادخال التعديلات اللازمة فى كتابات فقهاء العصر العلمى ، إذا اقتضى الأمر ذلك . وهذا هو ما يعلنه صراحة فى مجموعة دساتيره : «رغبة منا فى تبسيط مسائل التجديد المعقدة ، ومحاولة منا فى التخلص من غموض القانون القديم (٨٤)

"novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates».

وهكذا ، يستطيع الدائن أن يشترط «ما هو مستحق له» دون أن يترتب على ذلك انقضاء دينه وتجديده . فيجانب الحق الجديد الذى يكتسبه بابرامه التعهد الرسمى ، يمكنه، إذا رغب فى ذلك أن يحتفظ بحقه القديم دون مساس. فهذا الحق لا ينقضى ولا يجدد الا إذا أراد انقضاءه وتجديده ، لأن التجديد صار عملا ارادياً . ولم يعد يوجد تجديد بدون نية التجديد .

وليست هذه هى النقطة الوحيدة فى مجال التجديد التى تجاوز فيها الشراح رأى سالبيوس . بل لقد تجاوزوه فى نقطة أخرى أيضاً ، وأخذت أهميتها

(٨٣) أنظر مؤلفنا : موجز نظرية الالتزام فى القانون الرومانى ، ص ٦١ ومايليها .

(٨٤) مجموعة الدساتير : ٤١ ، ٨ .

تزداد تدريجياً . ذلك أن سالبيوس كان يذهب إلى أنه ليس من الضرورى أن يكون التعهد التجديدى معنوناً ، أى يتضمن الاشارة إلى الالتزام الذى يرمى إلى انهائه (٨٥) . ولكن جاء الشراح بعده ، واعتبر الكثيرون منهم أن هذه الاشارة شرط من شروط التعهد التجديدى (٨٦) .

وكذلك فان بعض الشراح ، فى الوقت الحاضر ، يعتبرون هذا العنصر ضرورياً (٨٧) . فوجود شرط العنوان هو الذى يبرر أثر الانقضاء الذى يرتبه التعهد التجديدى ، دون أى تطلب لنية التجديد (٨٨) .

٢٧ — ولقد تلقفت أفكار سالبيوس ، وطورت . ويرجع ذلك إلى أنها كانت تتفق فى غالبيتها مع الاعتقاد الذى كان سائداً فى مجال الارادة Voluntas . فالأهمية التى أضفيت على الارادة فى قانون جستينيان ، كانت تبرر التحريفات فى نصوص العصر العلمى ، عن طريق تضمينها اصطلاح « نية التجديد animus novandi » .

وهكذا انتصر الرأى الذى يمكن عرضه فى العبارة العامة التالية : كان التجديد يؤسس فى العصر العلمى على عنصر موضوعى ، بينما كان يعتمد فى قانون جستينيان على عنصر شخصى وهو ارادة الطرفين . بيد أن الارادة ، التى يعترف بأثرها قانون جستينيان ، ليس من الضرورى أن يعبر عنها صراحة ، بل على العكس يمكن أن تكون مخالفة للمعنى الظاهرى للتعبير ، وهذا وفقاً للرأى الشائع . فكان يتعين القول ، نتيجة لذلك ، أن ارادة التجديد لم يكن من الممكن أن تفلت من هذه القاعدة العامة .

---

(٨٥) سالبيوس ، المؤلف السالف الذكر ، ص ١٦٣ ، ص ١٧١ ، ص ١٧٩ .

(٨٦) ولقد تبنى هذا الرأى فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر ، سالكوفسكى ، المرجع السالف الذكر ، ص ٩٥ .

(٨٧) أنظر على سبيل المثال : شولز ، المرجع المشار اليه ، ص ٤٨٤ .

(٨٨) هذا هو رأى بونيفاتشو ، المرجع السالف الذكر .

ولقد كان من السهل على الفقيه برنجشم Pringshein (٨٩) ، أن يبرز عدم وجود تناسق بين هذه الأفكار ، وأن يثبت أنه إذا كانت الارادة هى أساس التجديد فى قانون جستينيان ، فانه كان يتعين مع ذلك أن تكون ارادة قد عبر عنها صراحة . وأضاف (٩٠) أن عنصر النية animus ، باعتبارها ارادة داخلية يتعين الاعلان عنها من طريق التعبير بحسب قواعد قانون جستينيان ، لا ينتمى إلى هذا القانون ، لأن جستينيان يتطلب ارادة صريحة؛وليس من أصل يرجع إلى العصر العلمى ، لأن الرومان ما كانوا يقيمون وزناً للنية ، بل يرجع إلى عصر الامبراطورية السفلى ، وهو على وجه التحديد من نتاج المدارس الشرقية . فلقد تم تغيير فى نصوص العصر العلمى على يد هذه المدارس ، على نقيض ما جرى عليه العمل . ولقد قام جستينيان على العكس بتجميع ما أسفرت عنه مقتضيات الحياة العملية ، وحررها من عبء الشروط الخاصة .

هذا ولقد كان سالبيوس سباقاً فى القول بأن الأفكار الموجودة فى كتاب النظم لجستينيان تفسر بطريقة غير صحيحة القانون الرومانى فى العصر العلمى(٩١). كما أن واضعى مجموعات جستينيان التشريعية نسبوا إلى فقهاء العصر العلمى أفكاراً ، صحيح أنها كانت توجد فى مؤلفاتهم ، ولكن لا يرجع أصلها التاريخى اليهم (٩٢) .

٢٨ — ويبدو أنه من الصعب الانضمام إلى الآراء التى سبق ايجازها عن عنصر نية التجديد ، وعن تاريخ التجديد بصفة عامة . فلا يمكن التسليم بأن الأثر الانقضائى للتجديد يعود إلى القوة الشكلية التى كانت للتعهد الرسمى ،

---

(٨٩) برنجشيم ، المرجع السالف الذكر ، ١ ، ص ٥٠٩ .

(٩٠) أنظر :

Pringsheim, Ynimus in roman Law, in "Law Quart. Rev.", 49, 1933, 43.

(٩١) سالبيوس ، المرجع السالف الذكر ، ص ٢٥٦ .

(٩٢) أنظر أيضاً :

Pringsheim, Animus in roman law, in Gesamm. Abhandlungen, I, 361, 365.

مثله فى ذلك مثل الاشهاد على الخصومة litis contestatio ، فوفقاً لهذا الرأى ، كان التعهد الرسمى عبارة عن تصرف قانونى ينشىء علاقة الزامية لها مضمون معين ، ويقضى عن طريق قوته الانشائية ذاتها ، على علاقة سابقة لها نفس المضمون : وعلى هذا النحو يتحقق التجديد .

فلقد سبق أن أوضحنا أوجه الاختلاف ما بين التعهد الرسمى والاشهاد على الخصومة ، مما دفعنا إلى القول بأن تشبيه أحدهما بالآخر لا يستند على أى أساس سليم .

أما فيما يتعلق بالأهمية الكبرى التى أضفيت على الشرط الخاص بكون التعهد التجديدى معنوناً ، فانه من السهل الرد على ذلك . فهذا الشرط المزعوم لا يستخلص من المصادر . فهى ترتب فقط بعض النتائج الخاصة على كون التعهد الرسمى معنوناً (٩٣) .

وبالنسبة لما يؤكده الشراح من أن الاشارة إلى نية التجديد animus novandi هى من تحريفات جستينيان ، فاننا نرى أن هذا الرأى صحيح فى كثير من الأحيان ، ولكن ليس بصفة دائمة . ولا يعتبر حجة منطقية ، القول بأن وجوب فكرة من الأفكار يستخلص من تكرارها فى النصوص.

---

(٩٣) ولقد لاحظ ساليبوس من قبل أن النصوص تعالج التعهد الرسمى بلا مبالاة بما إذا كان معنوناً أو غير معنون . وبالنسبة لضرورة العنوان ، فلم يتمكن أحد من اثبات ذلك ، مستنداً على أدلة قاطعة . ولا يمكن أن يقال أن ماعرضه «سالكوفسكى» (المرجع السالف الذكر ، ص ٩٥) ، أو «بونيفاتشو» (المرجع السالف الذكر ، ص ٥٠)، يتضمن حججاً مقنعة كما أن الحجة التى ساقها رابل : Rabel, scritti milanesi Ferrîni 1949, 4, 218 ، لا يقبلها العقل. والنصوص التى تشر قطعاً إلى التعهد المعنون ولها بعض الأهمية، هى : الموسوعة : ٢٤ ، ٣ ، ٣٢ ؛ ٤٥ ، ١ ، ٢٩ ، ١ ؛ ٤٧ ، ٧٥ ، ٦ ؛ ٧٦ ، ١ ؛ ٨٩ ؛ ١٢٥ ؛ ٤٦ ، ٢ ، ٨ ، ٢ ؛ ٢٦ ؛ ٢٧ ؛ ٣٢ ؛ ٤٦ ، ٣ ، ٧٢ ، ٣ . ولا يستخلص منها شرط عام متعلق بفكرة العنوان .

فطريقة التحريف تؤكد أن مبدأ الاستنتاج عن طريق الاستدلال ، وهو المبدأ المنتقد هنا ، ليس سوى دليل تمهيدى يتعين اثباته . وعلى كل حال ، فانه توجد بعض النصوص التى يرجع أصلها إلى العصر العلمى وتتضمن الاشارة إلى سبب التجديد Causa novandi ، أو نية التجديد animus novandi .

كما أن الأمور لم تصبح فى وضع أفضل عندما نسب التحريف إلى علماء من المدارس الشرقية . وتوجد حجج جادة تحول دون أخذنا بهذا الرأى . فلا يمكن الاعتقاد بأن واضعى مجموعات جستنيان التشريعية ، ولا سيما كتاب النظم ، كانوا يجهلون نظرية قريبة منهم لهذه الدرجة . والحق أن فقه تريبونيانوس Tribonianus كان من الشهرة بمكان . ولا يمكن التسليم بأنه قام ببسط أفكار تنسب إلى القانون الرومانى فى العصر العلمى بينما كان يجهل تلك الأكثر قرباً منه (٩٤) .

وإذا كان تحريف نية التجديد يقصد معنى آخر غير المعنى الذى يبتغيه اصلاح جستنيان ، لنجم عن ذلك وضع متناقض ، يكون التأكيد فيه على نية التجديد ، وهو مصر فى هذه الحالة ، يعلو على الاشارات الصريحة إلى الارادة الخاصة Voluntas specialis (٩٥) . ولقد ذكر اصلاح جستنيان بصراحة ثلاث مرات ، بينما ذكرت نية التجديد animus novandi أو تصرف التجديد actum ut novetur ١٨ مرة . مما يدل على سمو نية التجديد دائماً .

ويوجد تعبير « نية التجديد » ، وما يشابهه ، فى مؤلفات لها طبيعة غاية فى التنوع : ليس فقط فى كتابات بابينيانوس وشروح أولبيانوس وبولص ،

---

(٩٤) فجستنيان يمتدح فقه تريبنيانوس ، ويظهره بدرجة كبيرة ، كما فى دستور : ٧ ، ٦ ، ١ .

(٩٥) يظهر اصلاح جستينيان فى ستة نصوص فقط .

بل وكذلك فى مؤلفات جافيلونوس ، وبمبونيوس ، وسلسوس ، وفنيلييوس ، وفى كتابات لها طابع فردى بحت (٩٦) .

ولا يمكن تصور أن كل هذه المؤلفات كانت موضوعة تحت تصرف مدارس عصر ما قبل جستينيان ، اما بسبب الأهمية الضئيلة لبعض منها ، وإما بسبب قانون الأسانيد . وعلى العكس ، فان استعمالها ، والتحريفات المحتملة التى أدخلت عليها ، يمكن أن يفسر جيداً إذا ما وضعت فى علاقة مع تدوين الموسوعة . ففضل تريبونيانوس ينحصر فى الحقيقة فى انقاذ العديد من المؤلفات من الاختفاء التام .

وكثيراً ما أشير إلى نية التجديد بلا طائل أو من قبيل الخطأ (٩٧) . ويرجع ذلك إلى الإدراج الآلى عند تدوين مجموعات جستينيان التشريعية . ولم يكن ذلك مرده إلى فعل دارسين يعملون فى هدوء .

٢٩ — وواجبنا الآن ، على ضوء ما تقدم من آراء ، أن نعيد تقدير نية التجديد من الناحية التاريخية (٩٨) . والقضية الأولى التى يتعين البدأ

---

(٩٦) الموسوعة : ٤ ، ٤ ، ٥٠ ؛ ١٧ ، ٢ ، ٧١ ، فاتحة ؛ ٢٤ ، ٣ ، ٦٦ ، ٢؛ ٤٥ ، ١ ، ٩١ ، ٦ ؛ ٤٦ ، ٢ ، ٢٤ ؛ ٤٦ ، ٢ ، ٢٤ ؛ ٤٦ ، ٢ ، ٣٢ ؛ ٤٦ ، ٣ ، ٩١ .

(٩٧) أنظر على سبيل المثال : الموسوعة : ٤ ، ٤ ، ٢٧ ، ٣ : "novare novandi animo" ؛ ٤٤ ، ٣ ، ١٣ : "novare novandi animo" ومن قبيل الخطأ ذكر نية التجديد animus novandi فى الموسوعة ٤٦ ، ٢ ، ٢٢ :

"Si quis absente me a debitoe rmeo stipulatus est novandi animo, ego postea ratum habuero, novo obligationem,,

فلقد نسبت ارادة التجديد هنا إلى أجنبى ، وهو مالا يجوز قانوناً . والصواب هو أن النص الأصلى قبل نقله كان ينسب هذه الارادة إلى المعترف به قانوناً ، أى الدائن . وليس صحيحاً كذلك ذكر نية التجديد فى : الموسوعة : ١٢ ، ٦ ، ٦٠ ، ١ (الشطر الثانى) .

(٩٨) أنظر : Frezza, Animus novandi, st. Biondi, 1, 227.

بدراستها هى معنى نية التجديد animus novandi فى الهيكل العام للتجديد . فلقد سبق القول بأن نظام التجديد كان من ابتداع الفقه ، الذى استخدم التعهد الرسمى هنا ، كما فى مواضع أخرى ، لتحقيق غاية لم يكن القانون المدنى القديم يرعاها (٩٩) . والغاية هنا هى أن يجمع فى عملية واحدة انقضاء علاقة سابقة ونشوء علاقة جديدة ، بحيث يمكن تجنيب الدائن خطر انقضاء الالتزام الأول بدون أن يتم نشوء الالتزام الثانى بسبب امتناع المدين صحيح أن الدائن كان لديه فى مثل هذه الحالة بعض الوسائل المدنية أو البريتورية ، كدعوى الاسترداد Condictio ، أو دعوى التدليس actio doli . ولكن كان يجد نفسه مضطراً إلى الالتجان إلى القضاء . وهكذا تبرز فائدة التعهد التجديدى الأصلية .

٣٠ — ومما لا شك فيه أن هذا الوضع للتجديد تسوده فى الواقع ارادة تحقيق الأثر الانقضائى — الانشائى الذى قمنا بشرحه . ورغم أن هذه الارادة توجد لدى الطرفين كقاعدة عامة ، الا أن هناك استثناءاً يرد عليها ، وهو أنه يمكن لمدين جديد أن يحل محل مدين قديم دون حاجة لرضائه ، وذلك فى الصورة التى يطلق عليها الشراح المحدثون اسم التعهد بالوفاء expromissio (١٠٠) . وبسبب الأهمية المتواضعة لهذا الاستثناء ، فانه سيقال دائماً ، لتبسيط الأشياء ، أنه لابد من اتفاق بالتجديد .

والمشكلة التى كان يتعين على الفقهاء الرومان حلها هى البحث عن طريقة لاضفاء صفة قانونية على الاتفاق بالتجديد . وصعوبة الاهتداء

---

(٩٩) ينسب التجديد إلى أصول سحيقة فى القدم . أنظر على سبيل المثال :

Meylan, La réforme just. de La novation, Acta congr. iurid. intern., 1934, 1, 279.

ولا يمكننا أن ننضم إلى مثل هذا الرأى .

(١٠٠) أنظر : Windscheid, Pandette, 2, 353, P. 371, tr. it. وكما هو معلوم ، فان الكلمة اللاتينية expromittere أعم من المعنى الموجود فى المتن بكثير .

إلى حل تكمن فى كيف يمكن وضع الاتفاق فى شكل ملائم للقانون المدنى ius civile . ذلك أن القانون المدنى لم يكن يعترف بالاتفاق فى حد ذاته . فلجأ الفقهاء إلى التعهد الرسمى . ومع ذلك ، نجمت عن محاولة ملائمة نظام التعهد الرسمى لتحقيق التجديد صعوبات شخصية ، وأخرى موضوعية .

فمن الناحية الشخصية ، يمكن للتعهد الرسمى أن يمتص فى ذاته اتفاق التجديد ، دون حدوث تغيير فى الطرفين . ولكنه لا يستطيع ذلك بالنسبة لاتفاق الانابة delegatio . ففى الانابة الايجابية ، يكون الاتفاق على التجديد مختلفاً بالضرورة عن التعهد التجديدى من حيث الأشخاص . فالاتفاق يبرم بين الدائن المنيب والمدين المناب . ويتحتم انعقاده ، لأنه لا يمكن اجبار المدين على التعهد Promittere لمصلحة الغير (١٠١) . فمن الضرورى أن يتحقق الاتفاق بين هذين الطرفين ، الذين بصفتهما دائناً ومديناً ، يستطيعان وحدهما ابرامه قانوناً . ولذلك يظل المناب لديه أجنبياً عن هذا الاتفاق . صحيح أنه يحاط علماً به ، بيد أنه يبقى فى وضع الغير (١٠٢) . وعلى العكس ، فان التعهد التجديدى يبرم بين المدين المناب ودائن جديد هو المناب لديه . ويفترض وجود اتفاق أولى بينهما ، ولكنه لا يتطلب لذاته

وهناك اعتبارات مماثلة تنطبق على الانابة السلبية . فطرفا الاتفاق على التجديد ، كما هما فى الحالة السابقة ، أى الدائن والمدين ، مع نعتهما بمناب لديه ومنيب . وطرفا التعهد الرسمى هما الدائن ومدين جديد ، مع نعتهما بمناب لديه ومناب . ويعتبر ثانوياً ، وبدون فائدة بالنسبة للتجديد الاتفاق على الانابة بالنسبة للمدينين .

---

(١٠١) يمكن أن يجبر المدين ، delegatio dandi بالوفاء solvere لشخص غير الدائن . بيد أنه تتعين موافقته ، إذا ماطلب منه أن يتعهد promittere عن طريق التعهد الرسمى ، لأن هذه المطالبة تتعلق بعمل ليس من بين التزاماته .

(١٠٢) أنظر تفصيلات أخرى فى : الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ١٩ .

ويكمن سبب عجز التعهد الرسمى عن تضمنه الاتفاق على التجديد ، فى شكله . فهو يتم عن طريق استخدام الألفاظ Verba المقررة التى ينطق بها الأشخاص الذين يقومون بوظيفة الدائن والمدين ، ومن ثم لا يستطيع المنيب النطق بها .

وفيما يتعلق بالناحية الموضوعية ، فان صعوبة ملائمة التعهد الرسمى للتجديد تعود إلى طبيعته ذاتها . فالتعهد الرسمى عقد ، أى مصدر من مصادر الالتزام . ولكن فى نطاق التجديد ، يتعين عليه أن يشغل وظيفة ليس فقط انشائية ، بل وكذلك انقضائية .

٣١ — ولقد صادف الفقه ، وهو يواجه الصعوبات السالفة الذكر ، عدة عقبات الزمته طريقاً معيناً لاتباعه . فهو لم يكن يستطيع أن يأخذ فى عين الاعتبار ، الاتفاق فى ذاته ، لأن القانون المدنى لم يكن يعترف به ولم يقرر وسيلة لحمايته . كما أنه لم يكن فى مقدرته أن يحول الاتفاق إلى تعهد رسمى stipulatio ، بجعل هذا الأخير معنوناً . فلن يكون لهذا الأمر أى معنى . فالعنوان بذكره العلاقة السابقة ، لم يكن يستطيع أن يؤدى فى حالة الانابة إلى شرعية لم تكن للطرفين المتعاقدين . كما أنه لم يكن فى مقدرته على أية حال أن يجعل من التعهد الرسمى وسيلة لانقضاء الالتزام . ففكرة العنوان هى مجرد توضيح لمضمون الموضوع demonstiatio . وهى على هذا النحو ، ليس لها قيمة قانونية ، ما لم تستخدم كمعيار مطلق للتشخيص . وحتى بالنسبة لهذه الحالة ، فانها تكون شرطاً لصحة التعهد الرسمى فى ذاته ، وليست شرطاً لصحة التجديد (١٠٢) .

---

(١٠٢) وفكرة العنوان يمكن أن تكون عامة أو خاصة . ففى حالة العنوان العام يتضمن الموضوع demonstratio اسماً nomen ، وهو العنصر الوحيد لتشخيص محل الالتزام . ومن هنا تفهم قيمته التى لايمكن استبدالها . ولنلاحظ من ناحية أخرى ، أهمية العنوان عند تجديد علاقة من علاقات حسن النية ، وعلى وجه التحديد تجديد التزامات البائع فيمكن السرد التفصيلى للأداءات. =

ولم يبق أمام الفقه سوى طريق واحد لتفادى هذه الصعوبات والعقبات ذلك أن التعهد الرسمى ، وان كان هو مصدر الالتزام الجديد ، غير أن هذا الالتزام يرتبط ، من حيث مضمونه ، بالتزام سابق . والعلاقة بين الالتزامين وثيقة لدرجة أن مضمونهما متماثل فى شطره الأكبر ، ومختلف فى شطره الأصغر . وهذا يثبت أنه ، تجنباً لمجرد التكرار المحض ، تظهر الرغبة فى ادخال تغيير ، أى استبدال الالتزام الأول بعد تعديله بالتزام آخر . بيد أن التعهد الرسمى ، كمصدر لالتزام جديد ، هو أيضاً دليل على الرغبة فى انقضاء الالتزام السابق . وهذا هو معناه غير المباشر ، وعن ذلك تنشأ قوته الانقضائية .

والارادة ، التى يثبت وجودها أساساً عن هذا الطريق ، لها أيضاً تعبيرها الشكلى بواسطة التعهد الرسمى ، وهو تصرف من تصرفات القانون المدنى . فالتعهد الرسمى هو اذن تعبير ضرورى عن ارادة انقضائية ، ويستخلص مضمونه من العلاقة الموجودة بين الأدائين . وهكذا استخلصت شروط التجديد المختلفة، على أساس الترابط المنطقى فيما بينها وتبعيتها لبعضها البعض، وهى : ارادة التجديد ، والتعهد الرسمى ، والعلاقة ما بين وحدة الدين والعنصر الجديد idem debitum-aliquid novi .

وهكذا فان كلا من هذه الشروط له تفسيره الخاص به . فالتعهد الرسمى ، نظراً لطبيعته العقدية ، لا يمكن بذاته أن يفسر التجديد . ولكنه يفسره إذا أخذ على أساس أنه مجرد امارة على وجود الارادة والعلاقة ما بين وحدة الدين والعنصر الجديد dem debitum-aliquid novi يبدو أنها

=ويمكن بدلا من ذلك الاستعانة بفكرة العنوان كما فى المثال الآتى «هل تعد بالقيام باعطاء ما يجب عليك بسبب بيع أرض كورنيليا ؟

"quidquid propter venditionem fundi C. te dare facere oportet, spondes ?

ويتعين عنونة الأداء بعنوان مناسب . والعنوان يتعلق بالأعمال المنشئة للالتزام ، ولكنه لا يعتبر شرطاً من شروط التجديد .

شرط مصطنع وتحكمى ، إذا لم تفهم على أنها ظرف يستدل منه ، من الناحية الموضوعية ، على استبدال الأداءات ، وليس على الجمع بينها .

وعلى هذا النحو ، يتجة التجديد إلى ارادة التجديد . وتستدل هذه الارادة من عناصر تتعلق بالشكل (التعهد الرسمى stipulatio) ، وبالموضوع (العلاقة ما بين وحدة الدين والعنصر الجديد idem debitum-aliquid novi) . ويقتضى كل ذلك استخدام قرينة ، وهى أنه عند وجود هذه العناصر مجتمعة فاننا نستدل منها على قرينة التجديد . وهذه القرينة التفسيرية لا يمكن الا أن تكون قانونية iuris tantum (كما سنستشفه أيضاً من بقية ما سوف نعرضه) . فالقرينة تقوم اذن على أساس التجديد ذاته ، وتبرر التأكيد الذى ورد فى كتاب النظم لجستينيان كما سيلى . ومن ناحية أخرى ، فاننا سنرى امكانية الاهتداء إلى قرائن أخرى ، ولكنها أقل شأناً .

ويفسر الاعتراف غير المباشر والافتراضى لارادة التجديد ، الالتجاء إلى نية التجديد animus novandi . ذلك أنه لم يكن من الممكن الاعتراف بالارادة بطريقة مباشرة ، بل من خلال التعهد الرسمى stipulatio ومن ثم ، لم يكن يوجد تصرف خاص بالتجديد ، بل تعهد رسمى يؤدى وظائف التجديد ، كما هو الشأن بالنسبة للهبة . فالتعهد الرسمى هو الذى كان يتعين أن يكون معنوناً . ولهذا كان يقال أن الواعد يعد أو يتعهد ، بسبب التجديد novandi causa أو بنية التجديد novandi animo (١٠٣). والحق أنه لو كان التجديد بمثابة تصرف قانونى قائم بذاته ، لما كان هناك أى معنى للحديث عن التصرف القانونى الذى يتم بنية التجديد

---

(١٠٣) أنظر من ناحية ، الموسوعة : ١٢ ، ٦ ، ٦٠ ، ١ ؛ ٢٤ ، ٣ ، ٦٦ ؛ ومن ناحية أخرى ، أنظر الموسوعة : ١٤ ، ٦ ، ١٣ ؛ ٢٢ ، ١ ، ٤ ، الفاتحة ؛ ٢٣ ، ٣ ، ٣٥ ؛ ٣٩ ، ٥ ، ١٧ ، ٤٦ ، ٢ ؛ ٢٤ ؛ ٣٢ ؛ ٤٦ ، ٤ ، ١٣ ، ١٠ ، ٢١ .

novandi animo . فالنية animus تستخدم عثابة عنصر مميز ، حينما لا يكون لتصرف قانونى فى ذاته معنى واحد . وهذه الحالة تنطبق على التعهد الرسمى .

٣٢ — ويجب التسليم بأن الفقه ، بتحليله التجديد على النحو ، استطاع أن يخلع عليه مجرد الشكل ويطهره فى هذا المجال . أما من الناحية الموضوعية ، فلقد ظلت دائماً الفكرة التى يتضمنها ، والقائلة بتحقق الأثر الانقضائى بناء على مجرد الارادة ، وليس نتيجة لشكل ملائم ، تعتبر مخالفة لأحكام القانون المدنى . فاستخدام التعهد الرسمى يحافظ على المظهر ، لا على الجوهر . ويكمن هنا تفسير الرأى الذى قال به الفقيه سرفيوس والذى أشار اليه الفقيه جايوس (١٠٤) . فالفقيه سرفيوس يقرر أن التعهد المعلق على شرط stipulatio sub condicione يقضى الالتزام القديم حتى ولو لم يتحقق الشرط . ويرتب نفس النتيجة على التعهد غير الصحيح stipulatio a servo ويبدو أن علة هذا الرأى تكمن فى أن التعهد الرسمى ليس له ، فى جانبه السلبى ، سوى التعبير غير المباشر عن ارادة الانقضاء ويمكنه بكل تأكيد أن يحتفظ بهذه القيمة ، حتى ولو لم يتضمن أى معنى جوهرى ، كما هو الشأن فى الحالتين السالفتى الذكر . ولم ينتصر رأى الفقيه سرفيوس ، ربما بسبب أنه لا يبدو مطابقاً لدقة القانون elegantia iuris التى تأبى أن يكون للتصرف القانونى غير نافذ المفعول أو الباطل أى أثر . ولكنه يبرز مع ذلك الخصيصة الرئيسية للتجديد ، وكذلك عيبه فى نظر أحكام القانون المدنى (١٠٥) .

---

(١٠٤) النظم : ٣ ، ١٧٩ ، وأنظر أيضاً :

Koschaker, Bedingte nova und Pnito actum, Festschr. Hanausek, Graz, 1925, 150; Frezza, Le garanzie delle obbligazioni, 1, Padovae, 1962, 115.

(١٠٥) أنظر :

De Martino, Le garanzie personali dell' obbligazione, Roma, 1940, 78; sanfilippo, Dubbi, e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla, annali sem. giur. catania, 3, 1949, 225, Frezza, L.C.

ومن ناحية أخرى ، فان هناك ظروفاً تترجم التلاؤم الذى تولد عبه التجديد . فالتعهد الرسمى ، باعتباره عملا مجرداً ، كان يحتفظ باستقلاله بالنسبة للغاية التى يرمى اليها ، وان كان يتعين عليه مع ذلك أن يحققها . فهو يظل صحيحاً ، حتى ولو لم يتحقق التجديد ، وهذا ما يحدث عندما يكون الالتزام الأول Prior obligatio باطلا ، ولا يوجد شيء ما لتجديده. وهكذا ، لا تنشأ بالضرورة الرابطة بين انشاء العلاقة الجديدة وانقضاء العلاقة القديمة ، بل يمكن القول بأنها تحدث عرضاً . وعلى أية حال ، فانها لا تنتظمها قاعدة وضعت خصيصاً للتجديد .

وهكذا ، فان التجديد يوضع بين الصور التى ابتدعها الفقه ، مستخدماً نظماً موجودة من قبل ، ومزوداً بنظام لم يتعرض الشطر الأكبر منه للتغيير ويكفى أن نتذكر كذلك الوصية بطريقة السبيكة والميزان testamentum per aes et libram . فلقد اتخذت شكلا ثنائياً ، وذلك على عكس طبيعتها ، بسبب اشتقاقها من الاشهاد mancipatio . والهبة فيما بين الأحياء inter vivos تتم عن طريق تصرفات قانونية غاية فى التنوع. والهبة المضافة إلى ما بعد الموت mortis causa ، تحقق وظيفتها بالالتجاء إلى تصرفات فيما بين الأحياء inter vivos

٣٧ — وإذا لم يكن للاتفاق أثر مباشر من وجهة نظر القانون المدنى ius civile ، كما سبق القول ، فانه كان من الممكن مع ذلك أن يرتب آثاراً فى مجال القانون البريتورى ius honorarium . ففى هذا المجال ، تم للفقهاء تشخيص الاتفاق ، واستخدامه ، مع ما يترتب على ذلك من نتائج متنوعة أدى أهمها إلى قبول ما كان يعرف باسم التجديد البريتورى (١٠٦) . فيمكن أن يؤدى عدم مراعاة الشروط التى يتطلبها القانون المدنى

---

(١٠٦) وفيما يبدو ، يرجع اصطلاح « التجديد البريتورى » إلى كونتز أنظر :
= Kuntze, obligation und singularsuccession, 1856, 202.

الرومانى ، الى نشوء التزام ثان صحيح ، دون يأن يترتب على ذلك انقضاء الالتزام الأول . وهذا الوضع كان يخالف ما ترمى اليه ارادة الطرفين من انقضاء الالتزام الأول واحلال الالتزام الثانى محله ، أى يخالف ارادة التجديد . ويمكن أن نلاحظ ، من خلال هذه الارادة ، اتفاقاً على الابراء Pactum de non petendo من الالتزام الأول Prior obligatio فالدفع بالاتفاق exceptio pacti يؤدى إلى تجريد الالتزام الأول من كل قيمة . ويبقى للالتزام الثانى وحده أثره . فالنتيجة التى تترتب على التجديد تتحقق عن طريق وسائل بريتورية ، كالدفع ، لتنفيذ ما تقصده ارادة الطرفين.

وهناك وضع مماثل للوضع السابق ، ولكنه يعتبر صحيحاً من قبل القانون المدنى ذاته ius civile ، وهو يتعلق بما إذا كانت العلاقة التى يرغب فى تجديدها من علاقات حسن النية . فمبدأ حسن النية يقتضى بالطبع أنه حينما يتعهد شخص ما بقصد التجديد ، فلا يكون صحيحاً أن يتعهد مرتين . ولذلك لايجوز رفع الدعوى على أساس الالتزام الأول ex. priore obligatione ولا توجد عندئذ الحاجة إلى الالتجاء إلى وسيلة الدفع exceptio .

وزيادة على ذلك ، فان التنظيم الذى وضعه البريتور يمكنه الاعتراف أيضاً بالاتفاق على الابراء من الالتزام Pactum de non petendo ، فى حالات لا يوجد فيها تجديد . والمثال الأكثر شيوعاً ، هو الذى عرضه جايوس (١٠٧) ، على النحو التالى :

= والنص الذى كان كونتز يستند عليه هو ، الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ٦٠ :
"cum vero genere novationis transeat obligatio fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum".

فالابراء عن طريق الدفع ope exceptions يدعو إلى التفكير فى صورة لتجديد ، مجرد من الآثار المدنية .

(١٠٧) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٩ .

يبرم الطرفان تعهداً بسيطاً ، ثم يبرمان تعهداً آخر ، محله نفس الشيء ولكنه معلق على شرط sub condicione . فاذا لم يتحقق الشرط ، فان التعهد الثانى stipulatio يكون غير نافذ المفعول ، ولا يمكن أن يقضى الالتزام الأول . بيد أنه من الواضح أن المتعاقدين الذين يتفقان على الأداء المعلق على شرط datio sub condicione لا يريدان الأداء البسيط Pure . فالتعهد الأول يظل صحيحاً لسبب يرجع إلى المنطق الشكلى ، ولكن ليس له أى معنى من حيث الجوهر . إذ يوجد اتفاق ضمنى بعدم المطالبة بالأداء الأول ، ويحميه الدفع بالاتفاق (١٠٨) .

ولقد سبق أن أوردنا العديد من النصوص ، وحللناها ، ونحن نتكلم عن حالات مخالفة شرط العنصر الجديد ، وشرط وحدة الدين . وهى تؤكد الفروض والأفكار التى ذكرناها الآن . ونضيف إلى ما تقدم أنه يبدو أن الاعتراف بالاتفاق الضمنى على الابراء لم يكن سابقاً على جوليانوس . فتنسب إلى جوليانوس الفكرة القائلة بأنه يمكن أن يستخلص من مضمون التعهد الرسمى ، اتفاق ضمنى على الابراء من الالتزام Pactum de non petendo . وهى الفكرة ذاتها التى طبقت فى مجال التجديد (١٠٩) .

٣٣ – ويمكن أن نلخص ما سبق أن قلناه بصدد نية التجديد . لقد أوضحنا أن هناك نوعين من التجديد : التجديد المدنى ، وهو يقوم على تفسير مبنى على قرينة يستفاد منها وجود نية التجديد animus novandi ،

---

(١٠٨) وأثيرت مشكلة مماثلة فى مجال الانابة . ولكن الحل المقرر فى المتن لم يمتد عليها ، كما هو واضح مما جاء على لسان جايوس . أنظر ، الموسوعة : ٢ ، ١٤ ، ٣٠ ، ٢ .

(١٠٩) أنظر جوليانوس فى ، الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٦ ، ٤ . وأنظر أيضاً : كوشاكر Koschaker ، المرجع السالف الذكر ، ص ١٥١ . وليس من المستبعد أن نظرية جوليانوس صادفت بعض المعارضة. أنظر ، الفقيه بمبونيوس فى الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٤ .

ويستخلص عن طريق الاستدلال من تعهد رسمى ، stipulatio ، لمضمونه علاقة خاصة بمضمون الالتزام السابق .

والتجديد البريتورى ، ويبنى على تفسير أكثر حرية ، من التقيد بالعلاقة ما بين وحدة الدين والعنصر الجديد idem debitum-aliquid novi ، للوصول إلى نية التجديد . وزيادة على ذلك ، فان القانون البريتورى يمكنه أن يتغاضى أيضاً عن شرط آخر ، يتعلق بتطلب صحة التعهد الرسمى وفقاً للقانون المدنى .

وهكذا نكون قد أوضحنا الوظيفة التى تقوم بها نية التجديد animus novandi فى القانون المدنى . وهذا يسرى على التجديد المدنى بنوعيه ، أى التجديد الشخصى (ايجابياً كان ، وهو ما يتم بواسطة تغيير الدائن ، أو سلبياً ، وهو ما يتحقق فى حالة تغيير المدين) ، والتجديد الموضوعى . كما أننا قد تكلمنا عن مدى أهمية نية التجديد فى مجال التجديد البريتورى .

٣٤ — ونضيف إلى ما تقدم أنه بالنسبة للتجديد الموضوعى ، إذا كنا قد بينا أنه لكى يقرر المفسر ما إذا كان هناك تجديد أم لا ، كان يستعين بالقرينة الأساسية القائلة بأن وجود نفس الدين القديم مع عنصر جديد idem debitum-aliquid novi يعنى وجود ارادة التجديد . لكن يتعين ملاحظة أن وحدة الدين idem debitum يختلف تقريرها بحسب ما إذا كان محل الالتزام شيئاً قيمياً species أو مثلياً quantitas . فوحدة الدين تعنى وحدة الشىء eadem res محل الالتزام . بيد أن وجود نفس الشىء eadem res لا يستنتج من عناصر موضوعية فقط . فعندما يكون محل الالتزام شيئاً قيمياً species ، فان شرط وحدة الدين يستخلص موضوعياً من واقعة أن قطعة الأرض ذاتها ، أو العبد ذاته ، .. الخ ، محل الالتزام الأول والالتزام الثانى . بيد أن وجود مبلغ من النقود مثلا quantitas ، ومتساو ، كمحل لأكثر من التزام ، لا يكون فى حد ذاته وحدة المحل eadem res . ويمكن أن تتحقق هذه الوحدة فقط إذا ما قصد المتعاقدان ذلك ، ويكون عن طريق

الاشارة فى الالتزام الثانى إلى نفس المبلغ الذى كان محلا للالتزام الأول .

وأمام هذا التنوع ، فان المفسر يستطيع بدون شك أن يستعين بالقرينة عندما يكون الشيء الواجب الأداء عينا من الأعيان species . فلا يوجد شخص ما يلتزم فى العادة مرتين بنفس الشيء (١١٠) . ويقع على عاتق الدائن اثبات عكس هذه القرينة عن طريق دليل ملائم . وإذا كان التعهد معنوناً فان الأمر يكون أكثر يسراً . إذ أن القرينة التى تستخلص منه تكون مؤكدة .

---

(١١٠) ولا تكون دليلا عكسياً القاعدة المنسوبة إلى جوليانوس والقائلة بأن :

"non esse novum, ut duae obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant".

أنظر جوليانوس فى الموسوعة : ١٩ ، ١ ، ١٠ ؛ وأوليبيانوس ، الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ٥ ، وأفريكانوس ، الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ٢١ ، ١ .

كما أن بولص يؤكد أن "saepius idem deberi potest" ، أنظر الموسوعة ، ٤٤ ، ٢ ، ١٤ ، ٢ ؛ ٥٠ ، ١٧ ، ١٥٩ . ولكن يشترط أن تكون هناك وحدة فى المصدر causa : وهذا هو ماقاله بولص صراحة ، ومايستخلص كذلك من الأمثلةالتى ساقها جوليانوس، وأفريكانوس ، وأوليبيانوس . وبجانب هذه النصوص ، أنظر أيضاً ، الموسوعة : ٤٤ ، ٧ ، ٨ ؛ ٤٥، ٢ ، ١٣ ، (إذ يكرر رأى جوليانوس) ؛ ٤٦ ، ٣ ، ٩٣ ، والفروض التى تعالجها هذه النصوص تتسم بالندرة ، كما لوقام أحد الأفراد مثلا ببيع شيء ما إلى شخص آخر ، ثم أصبح هذا الأخير وارثاً للبائع بنفس الشيء ؛ أو لوفرض أن مديناً بمقتضى تعهد رسمى ex stipulatione ، يصبح مديناً iureh ereditario ، بمقتضى وصية ex testamento لنفس الشخص وبنفس الشيء . وعلى أى حال ، فانه حيث لا يوجد اختلاف فى المصدر causa ، فان نفس الشيء eadem res لا يمكن أن يستحق مرتين . فكما يقول أفريكانوس فى الموسوعة : ٤٦ ، ١ ، ٢١ ، ٢ :

"duplex obbligatio civilis cum eodem esse non potest".

وعلى العكس فانه إذا كان الشيء الواجب الأداء مثلياً quantitas كمبلغ من النقود مثلا ، فان المفسر ، ما دام أنه ليس موجهاً من قبل عوامل موضوعية ، على أساس رؤية ذات الشيء eadem res ، فانه ليس ملزماً حتى بإعمال استنباطه . ولكن إذا كان هناك دليل على وجود نفس الشيء eadem res ، فان القرينة تصبح قابلة للتطبيق . والمدين هو الذى يتعين عليه تقديم الدليل ، حتى يثبت أن التجديد قد تحقق وأن الالتزام الأول قد انقضى . والدليل سيكون ميسراً عليه ، إذا كان التعهد معنوناً ففكرة العنوان تحظى بقيمة ملحوظة فى الحياة الواقعية .

وهذه الفروض الأخيرة التى شرحناها ، ليس فى المصادر الرومانية المختلفة مايثبتها . بيد أنه ما كان من الممكن أن تكون الصورة فى العصر العلمى على نحو مغاير لما رسمناه (١١١) . ومن السهل التوصل إلى سبب عدم ذكر

---

(١١١) وزيادة فى توضيح النظام المبين فى المتن ، يمكن قياسه بالنظام الذى يطبق على res saepius per damnationem legata . فهنا يفرق أيضاً بين ما إذا كان محل الالتزام شيئاً قيمياً species أو مثلياً quantitas فالأشياء القيمية تستحق مرة واحدة فقط . أما الأشياء المثلية فتستحق بعدد المرات التى أوصت بها . ولكن للمدين ، أى الوارث أن يثبت أن الوصية الجزئية legs الثانية أجريت بسبب نسيان الوصية الجزئية الأولى ، (وهذا هو مايقوله سلسوس ، فى الموسوعة : ٢٢ ، ٣ ، ١٣) . ولقد عدل دستور الامبراطور أنطونينوس بيوس هذا النظام ، مقرراً أن الأشياء المثلية quantitas تستحق هى أيضاً مرة واحدة ، مالم يثبت الموصى اليه ارادة الموصى التى كانت تتجه إلى تكرار الوصية الجزئية (أنظر أولبيانوس فى الموسوعة : ٣٠ ، ٣٤ ، ١ : ٣٠ ، ٣٤ ، ٣ . والقاعدة التى عرضها سلسوس هى الأكثر موائمة للمنطق القانونى . ومهما يكن من أمر فان دستور أنطونينوس بيوس قلب عبء الاثبات لصالح المدين أنظر فى هذا الصدد .

P. Voci, Diritto ereditario romano, 2,1963, 250; 870.

هذا النظام فى المصادر الرومانية . فالامبراطور جستنيان ، بتعليق التجديد على الارادة الصريحة المعلنة من قبل الطرفين ، جعله يتغاضى عن ذكر هذا النظام ، ويلقى به جانباً .

ويمكن ملاحظة القيمة السلبية لنية التجديد animus novandi ، أى ازدواج الالتزام بسبب عدم وجود هذه النية ، فى العلاقة ما بين الالتزام الناشىء عن حكم قضائى obligatio iudicati ، والتعهد بتنفيذ الحكم cautio iudicatum solvi (وهو الوسيلة التى كان يلجأ اليها البريتور لاجبار المدعى عليه فى الدعوى العينية على التعهد بتنفيذ مايحكم به (١١٢) . ويجرى التعهد cautio فى بداية الدعوى . ويقضى أحد شروطه بأن يدفع المدعى عليه مبلغاً مساوياً لما يحكم به :

tantam pecuniam, quantam... iudicatus erit

ويمكن أن تثور ، بسبب هذا الشرط ، المشكلة المتعلقة بما إذا كان التعهد cautio يجدد الالتزام الناشىء عن الحكم القضائى obligatio iudicati (١١٣) . ولقد نفى الفقه السابق على سلسوس ، تحقق التجديد بسبب أن التعهد Cautio يسبق ، من حيث الزمن ، الالتزام الناشىء عن الحكم القضائى obligatio iudicati .

ولكن إذا سلم برأى سلسوس القائل بامكانية ابرام التعهد التجديدى

---

(١١٢) أنظر مؤلفنا : «النظرية العامة للالتزام فى القانون الرومانى» ، ص ٧٠ .

(١١٣) والتعهد بتنفيذ الحكم Cautio iudicatum solvi ثلاث صيغ هى de re defendenda, de re iudicata, doli mali أنظر Lenel, E. P., 530 ويسقط مفعول الصيغة de re iudicata فى نفس اللحظة التى ينشأ فيها الالتزام بدفع المبلغ المحكوم به Summa iudicati أنظر ، الموسوعة : ٤٦ ، ٧ ، ١ ؛ ٤٢ ، ١ ، ٤ ، ٤ ؛ ٣٩ ، ٥ ، ١٧ .

stipulatio قبل نشوء الالتزام الذى يزمع تجديده (١١٤) ، فانه تثور مشكلة جديدة : كيف يمكن تجنب التجديد فى حالتنا هذه ، حتى لا نتجاهل الحاجة العملية الواضحة بأن الالتزام الناشىء عن الحكم القضائى obligtiao iudicati لا ينقضى مقدماً بواسطة التعهد بتنفيذ الحكم Cautio iudicatum solvi ؟ ولقد كان أولبيانوس يستبعد التجديد بسبب عدم وجود نية التجديد animus novandi ، كما فى نص الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٨ ، ٣ :

> "Celsus ait iudicatum solvi stipulatione actionem iudicati non novari, merito, quia hoc solum agitur ea stipulatione, ut sponsoribus cautum sit, non ut ab obligatione iudicati discedatur".

يعلن أولبيانوس أن « سلسوس يقول : إن التعهد الرسمى بالوفاء بالشىء المقضى به ، لا يجدد الدعوى بهذا الشىء . وهذا هو الصواب ، لأن الأمر لا يعدو بالنسبة للتعهد سوى الحصول على ضمان وليس التنازل عن الالتزام بالشىء المقضى به » .

واضح أن مصدر كل من الالتزامين مختلف . ومن ثم تتحقق العناصر الموضوعية للتجديد . بيد أن التجديد لا يتحقق لعدم وجود نية التجديد animus novandi . وإذا كان قد انتفى التجديد ، فان للدائن دعويين لاشباع حاجة وحيدة . ولكن الوفاء عن طريق احدى الدعويين solutio ex una causa ، يستبعد حق المقاضاة عن طريق الدعوى الأخرى ex altera .

---

(١١٤) الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ٨ ، ٢ . ويوجد تجديد بتغيير المدين فى المستقبل أيضاً فى الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٨٩ . ويوضح ايجاد صلة مابين هذا النص والوصية الجزئية بالإبراء فى : الموسوعة : ٣٤ ، ٣ ، ١٨ ، فائدة تجديد العلاقة التى تنشأ فى المستقبل . فالألتزام الذى يتعين انقضاؤه تنفيذاً للوصية الجزئية ، يحول بأكمله فى تعهد رسمى in stipulationem وبالتالى accettilat.

٣٥ – قرائن التجديد فى العصر العلمى والتغيير الذى ادخله جستنيان بصدد نية التجديد .

سبق القول أنه كان يتعين ، فى تقديرنا ، وجود نية التجديد فى العصر العلمى ، باعتبارها شرطاً من شروط التجديد . ولكنها كانت تستخلص من عناصر معينة تتعلق بالشكل وبالجوهر . فكان يسترشد بالقرائن للبحث عن نية التجديد ، ولتفسير العقد ولتجديد آثاره .

ولا تمثل هذه النية الأساس الوحيد للتجديد فلابد أن تجد تعبيراً عنها فى الشكل الملائم . وهكذا كان للصيغ اللفظية للتعهد التجديدى verba stipulationis أثر تجديدى لأنها تجمع ما بين الشكل والارادة . ولم تترك للقاضى كما سيلى شرحه بالتفصيل ، حرية البحث عن هذه النيه ، بل حدد الفقه منذ القرن الأول للامبراطورية ، وقائع معينة تستخلص منها نية التجديد ، كاضافة أجل أو شرط ، أو حذفه ، أو تدخل ضامن sponsor وفقاً لرأى السابينيين (١١٥) .

ولقد استبعد جستينيان البحث عن نية التجديد . وتطلب نية تجديد صريحة . فالنية الضمنية لاتكفيه . ولم يعد يراعى التغييرات المتنوعة التى كان الفقه القديم يستخلص منها قرائن التجديد : ex quo veteris juris conditores introducebant novationes . ولذلك زال الباعث على استخدام ما جاء فى مؤلفات الفقهاء فى العصر العلمى ، والمتعلق بتفسير التصرف التجديدى .

ولم يتم هذا التغيير الهام الذى أدخله جستينيان فى يوم واحد . فاذا كان جستينيان هو الذى أنجزه ، الا أنه قد مهد له منذ أمد طويل بواسطة الفقه القديم . ونعتقد أنه لن يكون من غير الفائدة أن نبحث فى المصادر الرومانية لنلم بأصل نشأته وتتابع تطوره .

---

(١١٥) أنظر : نظم جايوس : ٣ ، ١٧٧ – ١٧٨ ، نظم جستينيان : ٣ ، ٢٩ ، ٣ .
وأنظر أيضاً : Scialoja, st. in on. di Perozzi, 1925

٣٦ — فهناك نصان متناظران ورد أحدهما فى المشروع الثانى لمجموعة دساتير جستنيان (١١٦) ، والثانى فى كتاب نظمه (١١٧) . وهما يمثلان الأساس الذى نعتمد عليه لاستقاء المعلومات فى هذا الصدد . ولنبدأ بدراسة النص الأول وهو يتعلق بدستور صادر فى ٢٢ من يوليه سنة ٥٣٠ ميلادية ، أى قبل تدوين كتاب النظم والموسوعة ، وهو الدستور : ٨ ، ٤١ ، ٨ :

"Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates resecantes, sancimus,si quis vel aliam personam adhibuerit vel mutaverit vel pignus acceperit vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit vel condicionem seu tempus addiderit vel detraxerit vel cautionem iuniorem acceperit vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditiores introducebant novationes, nihil penitus priori cautelac innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remòserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. I.Et generaliter definimus voluntate solum esse, non lege novandum, etsi non verbis sxprimatur, ut sine novationé quod solito vocabulo ἀνοβατεύτως dicunt, causa procedat: hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire".

يعلن جستنيان :

"رغبة فى تبسيط مادة التجديد ، التى كانت معقدة للغاية من قبل الفقهاء ، ومحاولة منا ازالة كل مظاهر غموض القانون القديم ، قررنا أنه حينما يريد أحد الأفراد ، ازاء التزام منعقد من قبل ، أن يدخل شخصاً جديداً ، أو يغير واحداً من هؤلاء الذين تدخلوا من قبل ، أو يتلقى ضمانات ، أو يزيد أو ينقص الالتزام ، أو يضيف شرطاً ، أو يبعد أو يقرب أجلا ، أو يستبدل السند ، أو أخيراً ، يقوم بأى اجراء

(١١٦) مجموعة دساتير جستنيان : ٨ ، ٤١ ، ٨ .

(١١٧) نظم جستنيان : ٣ ، ٢٩ ، ٣ ، أ .

من الاجراءات التى تؤدى إلى التجديد ، وفقاً للمشرعين القدامى ، فان السند الأول يظل صحيحاً ،ولكن يعتبر ما اتفق عليه ثانية بمثابة اضافة للالتزام القديم ، ما لم يتخل الطرفان صراحة ، عن طريق اتفاق خاص ،عن الدين الأول ويقولان أنهما يقصدان احلال الالتزام الجديد مكان الالتزام القديم .
١—فنحن نضع اذن القاعدة العامة بأن التجديد يتحقق فقط بواسطة ارادة المتعاقدين وليس بقوة القانون . فليس هناك حاجة إلى الاعلان بعبارات صريحة أن الشيء يقدم دون تجديد ، وهو ما يعبر عنه عادة بعبارة « بدون تجديد » ، كما يقال فى اللغة الاغريقية: لأننا نريد أن يكون ذلك [أى استبعاد التجديد] طبيعياً للغاية ، وبدون اضافة كلمات خاصة (١١٨) » .

واضح أن فاتحة هذا الدستور تتضمن اشارتين تاريخيتين ، مما يؤكد اصالتها وصحتها ، لأنها تتعلق بسرد تاريخى لنظام ينوى جستينيان استبعاده .

فهى تشير أولا إلى أن معالجة موضوع التجديد ابان العصر العلمى كانت تثير خلافاً حاداً بين الفقهاء ، ويحيطها اللبس volumina nocentia ، والغموض ambiguitates . وهى تبين ثانياً عدداً من الفروض التى تتعلق بالتجديد، ويستفاد منها قرائن التجديد . وهذه تحتاج إلى بعض الشرح

يقول جستينيان فى دستوره أنه وجد من الأصوب الغاء تعقيدات الفقه القديم فى مجال التجديد . ويتعين أن نبرز هنا أنه لا يقصد بتعبير الفقهاء القدامى ، الفقهاء الغاية فى القدم ، الذين قد نسبت نظرياتهم من قبل ، بحيث أنه لم تعد هناك أية حاجة لالغائها. بل هو يعنى بالأحرى فقهاء العصر العلمى ،

(١١٨) وبخصوص الطرق المتنوعة لفهم الدستور ، أنظر :
Von Salpius, Novation und Delegation nach röm Recht, Berlin, 1864.

وعلى الأخص أوليبانوس وتلاميذه، وبولص وتلاميذه، حيث أنهم كانوا أكثر قربا، من الناحية الزمنية له، وكانت نظرياتهم مازالت ساريه . وهؤلاء الفقهاء، كما يعلن جستنيان، كانوا على اتفاق فيما يتعلق باستلزام نية التجديد animus novandi بيد أنهم كانوا يختلفون فيما بينهم حول معرفة الحالات التى يعتبر فيها الفرد يتصرف بقصد التجديد ؛ وحول القرائن التى يمكن استنباطها من مختلف الفروض . ولكن ما هى هذه القرائن ؟ يقوم جستنيان بتعدادها فى دستوره . فهو يعلن فيه أن الفقه كان يقرر تحقق التجديد ، الوصول نتيجة لوقائع معينة ، مثل تدخل شخص جديد فى العلاقة الالتزامية ، أو اضافة شرط أو أجل أو حذفه ، أو إنشاء رهن أو كفالة ، أو زيادة الالتزام أو نقصه ، أو استبدال السند ، أو أى اجراء آخر تستقى منه نية التجديد .

وهذا التعداد يحيطه بعض اللبس ، وعدم الدقة ، مما يوحى الى الاعتقاد بأن جستينيان جمع خليطا من الآراء المستقاة من كتابات فقهاء ينتمون إلى مدارس متباينة ، لأنه كما نعلم ، لم يكن الفقهاء القدامى على اتفاق فى هذا المجال . وربما كان جستينيان ، فى هذا التعداد ، يكرر بطريقة غير كاملة نموذجا للعرض اتبعه تيوفيلوس ، الأستاذ بمدرسة القسطنطينية (١١٩) ، على نحو أكثر ابداعا .

فمما لاشك فيه أن انشاء الرهن قد ذكر بطريق الخطأ . إذ أنه يضاف الى الرابطة القانونية التى يكفلها . ولكنه لا يستبدلها بغيرها ، أو بتعبير آخر لايجددها . كما أن جستينيان نظر إلى الزيادة والنقصان فى الدين بنظرة متساوية . غير أن تيوفيلوس ينكر على التعهد الرسمى الذى يكون موضوعه ديناً أقل من الدين الأصلى ، امكانية تحقيق التجديد . وكذلك فان عبارة « استبدال السند accipere cautionem inuiorem » ليست واضحة بدرجة كافية . ويمكن القول بأن لفظ « cautio » ، بحسب اللغة القانونية

(١١٩) أنظر : Theophilus, 3, 29, 3.

المستعملة فى عصر جستنيان ، كان ينصرف إلى الوثيقة التى تتضمن التعهد الرسمى . بيد أن هذه الوثيقة توجد فى جميع الفروض التى ذكرها النص (باستثناء الرهن) . ولا يعرف سبب اقامة اعتبار «لا ستبدال السند accipere cautionem iuniorem » فى ذاته . وفى الحقيقة ، فان التجديد يتحقق اما لأن تعهداً Stipulatio يستبدل بتعهد آخر مع بعض التعديل ، أو بسبب احلال التعهد محل علاقة من طبيعة أخرى ، دون ادخال أى تعديل . وهذا الفرض الثانى هو ماترمى اليه ، فى تقديرنا ، عبارة « استبدال السند accipere cautionem iuniorem» .

وترد جميع حالات التجديد السالفة الذكر إلى العصر العلمى ، كما سبق القول . وهذا الأمر ثابت بدرجة لاتدع مجالا للشك . ويؤكد جستينيان ضمناً أن تعداده ليس على سبيل الحصر . فهو يردف قائلا « أو القيام بأى اجراء آخر vel aliquid fecerit » .

وهكذا كان التجديد ينشأ فى جميع هذه الحالات كنتيجة طبيعية ومفترضة بقوة القانون فى العصر العلمى . فالدائن الذى كان يجرى هذه الأعمال ، كان يفترض أنه يتصرف بنية التجديد . وهو كان يستطيع بدون شك أن يستبعد قرينة التجديد ، ويحتفظ بدينه القديم بجانب الدين الجديد ، بيد أنه كان يتعين لذلك أن يتفق عليه عن طريق شرط خاص .

ولقد تغير الحال فى عهد جستينيان . ذلك أنه عندما كان الدائن ، فى العصر العلمى ، يشترط ما هو مستحق له ، كان يمكن أن يفترض أنه يقصد التضحية بحقوقه القديمة مقابل المزايا الجديدة التى يكتسبها عن طريق التعهد الرسمى ، الذى كان ما يزال قوياً وفعالا . بيد أن غالبية هذه المزايا اختفت فى عهد جستينيان . فالتعهد الرسمى كان ضعيفاً وفى طريقة إلى الزوال . ولم يعد ، فى العادة ، سوى مجرد أداة لإثبات دين موجود من قبل وتأكيده . ومنذ ذلك الوقت ، كان يتعين أن يفترض وجود نية تأكيد الدين ، لا التنازل عنه ، لدى كل دائن يبرم تعهداً رسمياً مع مدينه .

تلك هى بلا شك مبررات صدور دستور عام ٥٣٠ الذى ذكرناه عالياً . فبعد استعراض تاريخى ، عدد جستينيان فيه الفروض المختلفة التى اعتبرها الفقه القديم قرائن تجديد ، يقرر بأنه فى كل فروض التجديد لا يمكن انقضاء الالتزام الأول prior obligatio إلا إذا أعلن الطرفان رغبتهما فى ذلك صراحة ؛ وفى حالة عدم وجود هذا الاعلان الصريح ، فاننا لا نكون بصدد تجديد ، وانما بصدد اضافة التزام جديد إلى الالتزام القديم الذى يظل قائماً .

ويبرز البند (١) من الدستور الحكم الجديد الذى وضعه جستينيان ، ويوضحه بالاشارة إلى الجانب التاريخى مرة أخرى ، وهو يتعلق هذه المرة عما جرى عليه العمل فى ظل الامبراطورية الشرقية . ويستنتج ذلك من العبارة المدونة باللغة الاغريقية .

وعرض جستينيان هذا ، الذى ورد فى دستوره ، يستحق كل اهتمام ، ليس فقط بسبب المعلومات التى يقدمها لنا بخصوص ما جرى عليه العمل (فلقد كان من الممكن معرفتها بطريق آخر) ، بل وكذلك لاصراره على قيمة الارادة الصريحة . فهى وحدها التى ترتب الأثر القانونى .

كما أن الأفكار التى وردت فى كتاب النظم لجستينيان ليست أقل أهمية والنص الذى يهمنا فى هذا المجال هو الآتى :

نظم جستينيان : ٣ ، ٢٩ ، ٣ أ :

"Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat; per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri et quasdam de hoc praesumptiones alii in aliis casibus introducebant : ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit tunc solum fieri novationem, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum Fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt, alioquin manere et pristinam obligationem et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio secundum nostrae constitutionis definitiones, quas licet ex ipsius lectione apertius cognoscere".

يقول جستنيان :

« كان القدماء يتفقون على أن التجديد يتحقق كلما تعاقد الطرفان على التزام ثان بنية التجديد ولكنهم لم يكونوا يتفقون على طريقة الحكم بما إذا كان لدى الطرفين هذه النية، وكانوا يستعينون فى هذا الصدد بمختلف القرائن فى الحالات المتنوعة. وهذا هو الذى دفعنا إلى اصدار دستورنا الذى يقرر بوضوح أنه لا يتحقق تجديد الالتزام الأول الا إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك، وأعلنا أنهما بجريان الالتزام الثانى بقصد استبدال الالتزام الأول بآخر : والا فان الالتزام الأول يظل قائماً ، مما يؤدى إلى أن المدين سيلتزم بكليهما طبقاً لدستورنا الذى سنلم به على وجه أكمل بقراءته » .

يبين من هذا النص ، كما جاء على لسان جستنيان ، أنه كان هناك اتفاق بين فقهاء العصر العلمى على أن التجديد يتم كلما كان نشوء الالتزام الثانى قصد به استبداله بالالتزام القديم. ولكنهم اختلفوا حول كيفية الوصول إلى معرفة ماإذا كانت نية التجديد قائمة عند نشوء الالتزام الثانى أو غير قائمة . وكان البعض يستخدم ، فى هذا المجال ، قرائن متنوعة فى الحالات المختلفة ، لكى يستدل منها على وجود نية التجديد، بينما يرفضها البعض الآخر . ويضيف جستينيان أنه قد أصدر ، لهذا السبب ، دستوراً يقرر فيه بكل وضوح أن التجديد لا يتم ما لم يصرح المتعاقدان بأنهما يقصدان تجديد الالتزام السابق ، وإلا فان الالتزام الأول يظل قائماً، ويضاف اليه الالتزام الجديد ، بحيث يكون هناك التزامان موجودان فى آن واحد .

وواضح أن جستينيان لا يعرض هنا كذلك التعديل الذى أدخله على نظام التجديد فحسب ، بل ولقد قابله بالنظام الذى كان معمولا به فى العصر العلمى والقائم على قاعدتين أساسيتين : أن التجديد كان يرتكز على نية التجديد animus novandi (وليس شرطاً أن يكون قائماً بالضرورة على

اعلان ملائم عن النية ، كما استوجبه جستينيان فيما بعد) ؛ وأن القرائن كانت مقبولة لاثبات وجود نية التجديد .

٣٧ — آثار التجديد :

يتعين علينا ، لكي يكون البحث متكاملا ، أن نشير سريعاً إلى هذه المسألة ، ولو أنها لا تثير اشكالات معينة تستحق الوقوف عندها . فمن المعلوم أنه يترتب على التجديد ، من حيث المبدأ ، أثران ، إحداهما انقضائى والآخر انشائى . فهو يؤدى إلى انقضاء الدين القديم ، وإلى انشاء الدين الجديد . وهاذان الأثران ليسا متلازمين . إذ يمكن أن يتحقق الأثر الانقضائى دون الأثر الانشائى (١٢٠) .

وانقضاء الالتزام الأول يتم بقوة القانون ipso jure . كما أن جميع التأمينات التى تكفله ، من امتياز وكفالة ورهن ، تزول معه. وتبرأ ذمة المدين الأصلى فى حالة تغيير المدين . ولا يستطيع الدائن أن يرجع عليه بعد ذلك ، مالم يكن قد وافق على أن يبقى ملتزماً . وتتحقق عندئذ صورة من صور الكفالة . ويمكن الاتفاق صراحة على استبقاء الضمانات القديمة والحاقها بالالتزام الجديد . ولا يتعلق الأمر حينئذ بنفس التأمينات ، بل بتأمينات مماثلة تنشأ من جديد .

وكذلك فانه إذا كان الدين القديم ينتج فوائد ، فانها تتوقف عن السريان بزواله . ولا يرتب الدين الجديد فوائد الا إذا اشترط عليها صراحة . كما يزول اعذار المدين ، بالنسبة للدين القديم ، وذلك إذا تم قبل التجديد . ولايعتبر المدين بالالتزام الجديد أنه مازال فى حالة تأخير فى الوفاء in mora، ويتعين تأجيله .

---

(١٢٠) نظم جايوس : ٣ ، ١٧٦ ، وأنظر أيضاً :

Sanfilippo, Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla, annali del sem. giur. dell' Università di Catania, 3, 1949, 225.

وإذا كانت مزايا الدين القديم تنقضى معه ، فكذلك تختفى عيوبه بزواله . فلو فرض مثلا أن المدين يعتقد بصحة الدين القديم ، بينما هو غير موجود فى الواقع ، أو كان يشل بطريق الدفع ، فانه لا يمكنه التمسك فيما يتعلق بالدين الجديد ، ببطلان الدين الأول ، أو أن يستفيد من الدفوع القديمة التى كان يستطيع التمسك بها فى مواجهة الدائن (١٢١) .

فما دام أن الدين القديم ينقضى ، فان كل ما يلحق به يختفى أيضاً . بيد أنه يمكن استبعاد هذه النتيجة باشتراط « ما هو مستحق » :

quidquid ex vendito dare facere oportet..

بدلا من اشتراط المبلغ الذى يمثل قيمة الدين الموجود من قبل : « decem »

٣٨ — **الخاتمة** :

يمكن أن نختتم التحليل الذى أجريناه لأمهات المشاكل التى يثيرها التجديد فى القانون الرومانى ، بالملاحظات التالية :

نية التجديد ليست من ابتداع جستينيان . فهى العنصر الرئيسى للتجديد فى العصر العلمى . وكانت له صيغة مقررة وضرورية بالنسبة للنوع الأول منه ، وهو التجديد المدنى . أما فيما يتعلق بالتجديد البريتورى ، فصيغته تتسم بدرجة أكبر من الحرية . ففى النظام الأول ، لا يوجد تجديد بدون نية التجديد . ولكن هذه النية تستخلص من عناصر محددة تتعلق بالشكل وبالجوهر . وكونت هذه العناصر ، بسبب وظيفتها ، شروط التجديد .

وبالنسبة للنظام الثانى ، ونعنى به التجديد البريتورى ، فان البحث عن نية التجديد يتسم بحرية أكبر . وتتلاشى أهمية الشروط الأخرى. ويتلقى جستينيان هذا النوع الثانى ، الذى له حرية أكبر . ولكنه لا يقر البحث عن نية التجديد animus novandi. بل يتطلب أن تكون هذه النية معبراً عنها صراحة لكى يتحقق التجديد .

---

(١٢١) الموسوعة : ١٣ ، ١ ، ١٧ .

ومهما يكن من أمر فان البحث عن نية التجديد ، عن طريق الاسترشاد بالقرائن ، كان يتلائم مع المبادىء التفسيرية التى يعترف بها القانون الرومانى ، ويطبقها فى ميادين أخرى كذلك . فهناك مبدأ تفسيرى رومانى ذو طابع عام كان سائداً منذ وقت مبكر فى روما ، وهو يقضى بأن البحث عن ارادة الطرفين هو الواجب الأول الذى يقع على عاتق المفسر حينما يكون بصدد تصرف قانونى ليس له معنى موحد ، عند النظر اليه من الظاهر ، إذا صح هذا التعبير . فالقاعدة المأثورة : Primum sequendum quod actum est تنسب إلى الفقيه سرفيوس .

ويمكن الاستناد إلى هذه الفكرة لتبرير سبب الحديث عن نية التجديد فى حالات معينة فقط دون غيرها . فالنية هى العنصر المميز الذى يستعان به فى الحالات الغامضة ، كما يقول الرومان . وهكذا لدينا نية التجديد animus novandi ، لأنه يتعين تفسير التعهد الرسمى stipulatio . وكذلك لدينا نية التبرع animus donandi لأن الهبة لم يكن لها تصرف قانونى خاص بها ، بل كانت تتم عن طريق أعمال قانونية غاية فى التنوع والاختلاف من حيث الطبيعة . ومن ثم تتعين الاستعانة بنية التبرع لامكان فهمها على ضوء الوظيفة التى تقوم بها فى هذه الحالة . وكذلك الأمر فيما يتعلق بنية الفضولى فى أن يعمل لمصلحة رب العمل animus alieni negotti gerendi ، لأن عمله لا يمكن أن يكون مصدر التزامات بالنسبة لرب العمل الا إذا أجرى بدون قصد التبرع . ويقال نفس الشيء بالنسبة لنية العدول عن الوصية الجزئية animus adimendi ، التى تهدى المفسر إلى التحقق مما إذا كان الموصى الذى يكون قد باشر عملا معيناً ، قد أجراه بقصد العدول عن الوصية الجزئية ، أم لغرض آخر ؛ وهلم جرا . وهذا هو معنى النية animus . فالنية تفيد فى تكييف وتكملة وضع خارجى أو تعبير كان يمكن أن يكون عرضة لتفسيرات متنوعة من الناحية المجردة . والبحث عن هذه النية ليس سهلا . بل تساعد عليه القرائن التفسيرية ، التى يعرفها القانون المدنى الرومانى فى العصر العلمى أيضاً . فيتلقى المفسر معونة كبيرة عن طريق ملاحظة

ما يقع فى العادة ، والاستعانة بعدة مبادىء مستوحاة من التجربة . ويلاحظ أن القرينة ، من حيث أنها أداة تفسيرية ، ليست قاطعة . فهى تقبل الدليل العكسى .

٣٩ — وعليه ، فانه يمكن القول بأن عصر الامبراطورية السفلى اتسم ، فى مجال التجديد ، بالنسيان وليس بالاصلاح . وجستينيان وحده هو الذى قام ببعض الاصلاح . وحفظ ، بوضعه الجامع Pandectae ، نظاماً يكرر ولو جزئياً نظام التجديد فى العصر العلمى .

ويضاف إلى هذا المصدر ، بعض المصادر الغربية ، مثل مختصر جايوس Epitome Gai الذى يذكر نظام التجديد ، ولكن بطريقة غير كاملة وغير صحيحة (١٢٢) . ويعتبره جايوس من بين أسباب انقضاء الالتزام obligatio . ولقد أشار اليه فى ملحق بعد معالجة التعهد الرسمى stipulatio ، وذلك بسبب العلاقة التى توجد بين النظامين ، كما هو معلوم . وذكرت الانابة الايجابية باعتبارها الحالة الوحيدة للتجديد . كما أن هناك خلطاً ما بين الانابة الاجبارية والانابة بالاعطاء dare ، حتى أنه يضاف أن المدين يمكن اجباره على الانابة delegatio .

ويطلق فيه على العمل التجديدى كلمة « يضمن cavere » ، التى أصبحت تشير إلى وثيقة التعهد الرسمى ويظهر أيضاً الخلط بين نظامين متباينين فى مجال الالتزام الكتابى obligatio litteris ، الذى وصف بأنه انابة عينية a re in personam أو الزامية a persona in personam (١٢٣)

---

(١٢٢) مختصر جايوس : ٢ ، ٩ ، ١١ .

(١٢٣) أنظر كتابنا : موجز نظرية الالتزام فى القانون الرومانى ، ١٩٦٤ — ١٩٦٥ ، ص ٧٥ . وأنظر أيضاً : مختصر جايوس : ٢ ، ٩ ، ١٢ ، و :

Levy, Westrom. Vulgarrecht, Oblig. R., Weimar, 1956,20.

كما أن كتاب الأحكام للفقيه بولص sententiae Pauli لا يعرض تعريفاً للتجديد . وهو يوجد على العكس فى « التفسير Interpretatio ; novatio est quoties causa novatur (١٢٤) ». !

ويعبر هنا ، ولو أنه على نحو يتسم بالعمومية ، عن الفكرة القائلة بأن التجديد يتضمن تغييراً جوهرياً . بيد أن هذه الفكرة ، التى لم تعد توجد فى مختلف المختصرات ، تقررها هنا أن: novatio est quoties causa novatur(١٢٥).

ويلاحظ أن عبارة « cautionem novare » تعنى مجرد تجديد المستند . ونصادف نفس هذا الاستعمال الاصطلاحى فى بعض الدساتير الامبراطورية (١٢٦) . وعلى أىّ حال فانه يمكن القول بأنه بالنسبة للامبراطورية الغربية الرومانية ، فان المعنى الاصطلاحى التقليدى لكلمة novatio ينمحى وينصرف إلى كل اجراء يحدث تغييرات فى الالتزام ، بما فى ذلك مجرد وضعه فى محرر .

وهكذا فان الفاظ اللغة الدارجة حلت محل المصطلحات القانونية . وكان الفقهاء يستعملون لفظ « التجديد novatio » و « يجدد novare » بمعنى اصطلاحى ، له مفهوم ضيق بالنسبة للاستعمال الشائع . ومن ناحية أخرى ، فان التعريفات ذاتها لم تفلح فى الحفاظ على نقاوتها . بيد أنه من الصعب أن تقرر ، استناداً إلى ماتقدم ، أن ذلك يعنى الزوال الكلى للفكرة القانونية للتجديد . فوجود ظاهرة من الظواهر شىء ، وتعريفها شىء آخر . إذ أن التعريف عمل شائك . ومن المحتمل أنه ، رغم الانحرافات الاصطلاحية ، فانه قد توصل عملا إلى تمييز النتائج الانقضائية للتجديد ، عن النتائج المختلفة والأقل أهمية من حيث الطبيعة ، والتى تترتب على تجديد

---

(١٢٤) أنظر : Brev., 5, 9,1 = Ps. 5,8,1, et int.

(١٢٥) أنظر :

EP. Guelph.; Ep. Monachi, Ep. seld. Haenel, Lex Rom. Vieig., 425.

(١٢٦) أنظر : CTh. 2, 27,1,5; CTh. 4, 4, 6.

المستند . ذلك أن المصادر التى فى حوزتنا لا تسمح بالقول بأن كل مناطق الامبراطورية الغربية كانت على نفس المستوى من حيث انعدام الثقافة ، مما يؤدى إلى عدم وجود المقدرة لديها على اجراء الفروق بين النظم المختلفة. فضلا عن أنه لا يجوز أن نقرأ نصوص عصر الامبراطورية السفلى بمعايير العصر العلمى .

٤٠ ـ وفيما يتعلق بالمصادر التشريعية الشرقية ، فاننا نصادف أيضاً الاستعمال العام لكلمة « novare » (١٢٧) . وتمثل المعلومات التى يقدمها جستينيان عن شرط استبعاد التجديد ، أهمية أكبر . إذ يستنتج منها أن التجديد كان موجوداً فى الحياة العملية ، التى كانت تعرف كيف تتفادى نتائجه حينما لا تريدها . فقرينة التجديد، بشروطها المختلفة كانت إذن على قيد الحياة. وشرط استبعاد التجديد يشهد باستمرار وجود النظام الذى كان سائداً فى العصر العلمى فى الامبراطورية الرومانية الشرقية ، على خلاف الامبراطورية الغربية ، وان كان قد استبعد قرائن التجديد .

وتتبلور هذه الأفكار فى دستور جستينيان ، كما سبق القول . فهو يحدد مصير التجديد فى الجامع . فلقد قرر رفض البحث عن نية التجديد animus novandi ، بل لابد أن تكون صريحة ، والا فلن تكون لها أية قيمة . ولذلك زال الباعث على استخدام مؤلفات الفقهاء فى العصر العلمى ، المخصصة لتفسير التصرف التجديدى . وأصبح من الممكن عدم الالتفات إلى الكتب غير المفيدة nocentia volumina ، كما يقول النص . وانعكس كل ذلك على تركيب العنوان : « فى التجديد والانابة de novationibus et delegationibus » الوارد فى الموسوعة (١٢٨) . وما جاء

---

(١٢٧) أنظر : Nov. Marciani, II, 2, a.450. فالنص يشير إلى فكرة تتضمن معنى أكثر من مجرد تجديد السند .

(١٢٨) الموسوعة : ٤٦ ، ٢ .

من أفكار تحت هذا العنوان يعوزه العرض التنظيمى المألوف ، ومقتبس بعضه من شروح أولبيانوس (١٢٩) . أما الشطر الأكبر منه ، والذى يتضمن فقرات أكثر عدداً ، فمأخوذ من مواضيع لم تكن تعالج أساساً التجديد (١٣٠) ويلاحظ أن الفقرات التى كانت واردة فى كتب خاصة بفتاوى ومسائل نظرية quaestiones ، ناقصة هنا . ويرجع ذلك بلاريب إلى أن أهم هذه المسائل القانونية quaestiones كانت ذات طابع تفسيرى (١٣١).

وحتى فى هذا المجال الضيق والمحدود ، كان واضعو الموسوعة يزاولون مجرد عمل سلبى بالنسبة لنصوص العصر العلمى . وكانوا يتوخون الدقة بخصوص ماتضمنه دستور جستينيان . بيد أنه كان يتعين عليهم أيضاً تضمين الجامع الاشارة المباشرة لإصلاح جستينيان . ولقد نفذوا هذا الواجب بطريقة خاصة . ففى بعض الأحيان ، كانوا يستخدمون وصفاً محدداً ، وحرفياً .

---

(١٢٩) كان التجديد يعالج ، على ما يبدو ، فى الشروح التى وضعت فى القانون المدنى على غرار مؤلف سابينوس ad sabinum لا فى المؤلفات التى وضعت تعليقاً على منشور البريتور ad edictum . وكان أولبيانوس يكتب عنه فى كتاب رقم ٤٦ ، على غرار مؤلف سابينوس ad sabinum. ولقد احتفظ بعرضه فى جزء ضئيل للغاية فى الموضع المخصص للتجديد sedes materiae (الفقرة ١ ؛ ٦ ، ٨) . أما بقية الحديث عنه فوزع بين أماكن sedi متنوعة (الموسوعة : ٢ ، ١٥ ، ٤ ؛ ١٦ ، ٢ ، ٢٤ ؛ ١٩ ، ١ ، ١٠ ؛ ٤٥ ، ١ ، ٢٩ ؛ ٤٦ ، ١ ، ٥ .

(١٣٠) فهناك أربع فقرات فقط من بين ٣٤ فقرة ، مقتبسة من صلب مواضيع sedi مخصصة للتجديد . بينما البعض الآخر من بقية هذه الفقرات ، فانه مأخوذ من موضوع يعالج الالتزامات اللفظية obligatio verbis . أما فيما يتعلق بالبقية الباقية فانها مقتبسة من مواضيع مختلفة عن المجالين الأولين .

(١٣١) ولقد احتفظ بفقرة وحيدة أخذت من مؤلف بولص الخاص بالمسائل quaestiones وهى الفقرة ٢٩ .

وذلك عندما كانوا يتكلمون عن الارادة المعبر عنها صراحة voluntas specialiter expressa ، وعن novatio legitme facta ، وعما شابه ذلك (١٣٢) . وفى أحيان أخرى ، كانوا يستعملون العبارة المقتبسة : si hoc actum est ، وما يماثلها . والحق أن الوصف كان أكثر شمولا (١٣٣) . ولكنهم كانوا يوالون تحريف نية التجديد animus novandi بدرجة أكبر (١٣٤) . وأرادوا فى هذه الحالة الأخيرة أن يستخدموا مصطلحات على نهج العصر العلمى . ولكنهم أبرزوا فى نفس الوقت تقرير أن ما يقصدونه من لفظ النية animus ، ليس النية باعتبارها مجرد حدث داخلى ، بل تعنى الارادة التى يتطلبها القانون ، أى الارادة المعبر عنها صراحة voluntas specialiter expressa (١٣٥) .

---

(١٣٢) أنظر الموسوعة : ٤٥ ، ١ ، ٥٨ ؛ ٤٦ ، ٢ ، ٢٩ ؛ ٣١ ، ١ ؛ وكذلك الموسوعة : ٤٦ ، ٢ ، ١٨ . وانظر أيضاً : مجموعة الدساتير : ٢ ، ٢٠ ، ٥ ؛ ٨ ، ٤٠ ، ٤ .

(١٣٣) الموسوعة : ٢ ، ١٤ ، ٢٧ ، ٢ ؛ ٤٥ ، ١ ، ٩١ ؛ ٦ ، ٤٦ ، ٢ ، ٢ ؛ ٨ ، ٢ ؛ ٨ ، ٥ .

(١٣٤) أنظر الموسوعة : ٤ ، ٤ ، ٢٧ ، ٣ ؛ ١٢ ، ٦ ، ٦٠ ، ١ ؛ ١٤ ، ٣ ، ١٣ ، ١ ؛ ١٧ ، ٢ ، ٧١ فاتحة ؛ ٤٢ ، ٦ ، ١ ، ١٠ ؛ ٤٦ ، ٢ ، ٩ ، فاتحة ؛ ١٤ ، فاتحة ؛ ٢٢ ؛ ٢٦ ؛ ٣٠ ؛ ٣١ ، فاتحة ؛ ٤٦ ، ٣٠ ، ٩١ . وأنظر أيضاً : مجموعة الدساتير : ٨ ، ٤١ ، ٣ ، ١ .

(١٣٥) ولعل هذا يضعنا أمام الأصل التاريخى للمواد المنصوص عليها فى التشريعات الحديثة والتى تستوجب الاتفاق على التجديد صراحة . انظر على سبيل المثال : الفقرة الأولى من المادة ٣٥٤ من القانون المدنى المصرى التى تنص على ما يأتى :

«التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف» وكذلك المادة ١٢٣٠ من القانون المدنى الايطالى التى تنص على ما يأتى : «يجب أن تستخلص نية انقضاء الالتزام السابق بطريقة قاطعة» .

٤١ — هذا ونضيف فى النهاية أن نظام التجديد قد فقد كل فائدة له فى التشريعات الحديثة (١٣٦). ولقد خصص التقنين المدنى الفرنسى لهذاالنظام المواد من ١٢١٧١ إلى ١٢٨١. وعالجه التقنين المدنى المصرى (١٣٦) فى المواد من ٣٥٢ إلى ٣٥٨ ويمكن القول أن التقنينات التى تفسح حيزاً ملموساً لنظام التجديد متأثرة أساساً باعتبارات تاريخية. ولذلك فان هناك من التشريعات الحديثة ، مثل التقنين المدنى الألمانى والتقنين المدنى السويسرى للالتزامات ، ما لم تعد تعالج نظام التجديد صراحة ex professo . فلقد فقد كل أسباب الوجود فيما بين أشخاص جدد inter novus personas ، لأن التشريعات الحديثة تعرف ، على عكس القانون الرومانى من حيث المبدأ ، حوالة الحق وحوالة الدين . ونظام الحوالة فى الوقت الحاضر يتسم بأنه أكثر بساطة ، كما أنه يحقق الهدف المقصود بطريقة مباشرة ، مما أدى إلى عدم جدوى استعمال التجديد لنقل الالتزام translatio obligationis . بينما كان القانون الرومانى يلجأ اليه لسد هذا النقص .

وفيما يتعلق بالتجديد بتغيير المصدر ، الذى كان مفهوماً لدى الرومان ، بسبب التمييز ما بين دعاوى القانون الضيق ودعاوى حسن النية ، فان تطبيقاته نادرة فى القانون الحديث ، ولا يمكن تصورها الا بالنسبة للالتزامات الطبيعية . أما بخصوص الالتزامات المدنية ، فمن المعلوم أنها ، فى التشريعات المعاصرة ، من طبيعة واحدة وتحميها جميعاً دعوى واحدة ، وتنقضى بنفس

---

(١٣٦) أنظر الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الثالث، ص ٨١٣ وما بعدها ؛ الدكتور عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثالث ص ٦٦ وما بعدها ، الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ، دروس أحكام الالتزام ، ص ٤٣٨ وما بعدها ؛ الدكتور شمس الدين الوكيل ، دروس فى العقد وبعض أحكام الالتزام ، ١٩٦٠/١٩٦١ ، ص ٣٠١ ؛ الدكتور اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام والاثبات ، ٢ ، ١٩٦٤ ، ص ١٣٥ .

الطريقة . فلم يعد من الممكن الآن إذن أن يستخدم التجديد من أجل تحويل التزام حسن النية إلى التزام من التزامات القانون الضيق .

فلا تقف اليوم أية عقبة فى سبيل تعديل الديون بواسطة اتفاقات لا حقة ، أو اكتسابها عن طريق وكيل ، أو نقلها . ولم يعد التجديد هو الطريق الأساسى لتحقيق كل هذه الأغراض .

وأخيراً فانه بالنسبة للتجديد بتغيير محل الدين ، الذى كان نادراً فى عصر جستينيان ، وهو ممكن فى الوقت الحاضر ، فانه ليس فى الواقع سوى وفاء بمقابل Dotio in Solutum .

وعليه ، يمكن القول أن الاستعمال الرئيسى للتجديد فى العصر الذى تعيش فيه ، ليس هو التعديل فى شكل الدين أو فى أوصافه ، أوفى أشخاصه ، بل التعديل فى محل الدين ، وهو ما كان نادراً عن طريق التعهد التجديدى عند الرومان . وهكذا فان شمس نظام التجديد الرومانى قد غابت من التشريعات الحديثة عامة .

السوق الدولية للقمح(*)

للدكتور حازم الببلاوى

١ ـ تمهيد وتقسيم :

يتميز القمح بأن استهلاكه يكاد يكون شاملا لجميع سكان العالم ، أما انتاجه فانه يتم فى جهات المنطقة المعتدلة الدافئة والباردة . ورغم اتساع منطقة انتاج القمح إلا أن هذا الانتاج يتركز بصفة خاصة فى عدة دول تساهم وحدها بانتاج الغالبية العظمى من هذا المحصول وتسيطر على تسويقه . ونظراً لأن أجزاء كبيرة من المعمورة وبوجه خاص الدول النامية ، تعتمد فى استهلاكها على المنتج فى دول أخرى فان أهمية السوق الدولية للقمح لا يمكن اغفالها .

ونود أن نشير قبل الدراسة التفصيلية للموضوع إلى أن سوق القمح يختلف عن غيره من الأسواق فى ضعف الصلة بين العرض والطلب . وبذلك يخضع انتاج واستهلاك القمح لاعتبارات أخرى غير مجرد ظروف العرض والطلب ، ولعل أهم هذه الظروف التى تحكم السوق الدولية للقمح هى السياسة الداخلية للدول المنتجة للقمح وعلى وجه الخصوص الولايات المتحدة الأمريكية . فاذا كانت ظروف العرض والطلب هى التى تنظم الانتاج والتجارة فى معظم السلع فان ذلك لايصدق على سلعة القمح التى تخضع لتنظيمات خاصة تحدد انتاجها وحجم التجارة فيها إلى جانب تحديد الأثمان .

وسوف نبدأ بتناول المظهر الخارجى للسوق الدولية للقمح ثم نبحث فى العوامل الكامنة وراء هذا التنظيم الخارجى .

ينظم سوق القمح الدولية عدة اتفاقات دولية تتناول تنظيم الأسعار والحصص . ويشترك فى هذه الاتفاقات الغالبية العظمى من الدول المصدرة

(*) قدم هذا البحث إلى المركز العربى للدراسات السياسية والاقتصادية بمؤسسة الأهرام .

وجزء هام من الدول المستوردة للقمح . وقد ترتب على هذه الاتفاقات تحقيق نوع من الاستقرار النسبي لأسعار القمح بالمقارنة إلى أسعار المواد الأولية الأخرى . ورغم هذا الثبات النسبي لأسعار القمح فان هذه الأسعار لا تغطى نفقة انتاج القمح فى كافة الأحوال ، ولذلك تلجأ أكثر الدول المصدرة إلى دعم صادراتها من القمح عن طريق اعانات التصدير . ويبقى أن نفهم لنفقة الانتاج هنا بمعناها الدقيق على ما سنبينه .

وهذه الاتفاقات الدولية ليست سوى المظهر الخارجى للعوامل الحقيقية وراء سوق القمح . وهذه العوامل تتركز فى الزيادة الكبيرة فى انتاج القمح فى الدول المتقدمة نتيجة للتقدم الفنى بها وصعوبة تضييق العرض فيها . ويقابل ذلك نقص فى الطلب الخارجى للقمح من بعض الدول المتقدمة نتيجة للسياسات الحمائية ولنقص القدرة الشرائية لأغلب الدول النامية . وقد أدى هذا الاختلال بين العرض والطلب إلى ضرورة الالتجاء إلى أساليب جديدة غير مجرد الاعتماد على تغييرات الأثمان . فظهرت بالنسبة لهذه السلعة مشاكل جديدة مثل الفائض من الحبوب الغذائية ثم ضرورة تصريف جزء من هذا الفائض بوسائل غير تجارية لا تؤثر على أسعار القمح مما أدى إلى بزوغ البيوع الخاصة والمعونات من الحبوب الغذائية .

وفيما يلى سنتناول هذه المسائل بقدر من التفصيل ثم نختم البحث باشارة عابرة عن اتجاهات المستقبل .

٢ ـ الاتفاقات الدولية للقمح :

عرفت المعاملات الدولية عدة اتفاقات دولية لتثبيت أسعار بعض المواد الأولية من التقلبات العنيفة . وقد تعددت المحاولات لتنظيم الانتاج والتجارة بشأن بعض السلع الأولية منذ نهاية القرن التاسع عشر . وقد أدى ازدياد الترابط الاقتصادى وتقدم المواصلات إلى زيادة أهمية هذه المحاولات . ولكن الأهمية الحقيقية لهذه الاتفاقات الدولية لم تظهر الا منذ نهاية الحرب العالمية الأولى وعلى وجه الخصوص بعد أزمة سنة ١٩٣٠ . وقد اتخذت فيما بين

الحربين عدة اجراءات من جانب المنتجين الحريصين على حماية أسعار منتجاتهم والدفاع عن أسواقهم . وقد انشأت فى هذا السبيل عدة كارتلات دولية تفرض قيوداً على الانتاج وتوزع الأسواق بين المنتجين . ولكن نجاح هذه الكارتلات كان محدوداً فى الغالب من الأحوال . فلم يكن من السهل رقابة الانتاج حتى من المشتركين فى الكارتل وخصوصاً أنه حدث أن زاد الانتاج بشكل كبير عند الدول غير المشتركة مما جعل تقييد الانتاج بين أعضاء الكارتل أمراً غير ذى موضوع . كذلك تعرضت هذه الكارتلات لمقاومة شديدة من المستهلكين والمستوردين .

ولذلك ما لبث أن ظهرت فى الأفق محاولات جديدة لتلافى العيوب السابقة ، فدعيت الحكومات إلى الاشتراك فى هذه الاتفاقات كما دعى المستهلكون والمستوردون إلى الاشتراك فيها أو التشاور معهم فى الاتفاقات المتعلقة بالمواد الأولية .

ولا شك أن أهم الاتفاقات الدولية المتعلقة بالمواد الأولية وأكثرها نجاحاً هى اتفاقات القمح . وتهدف هذه الاتفاقات إلى تثبيت أسعار القمح عن طريق فرض حد أدنى من الحصص تلتزم الدول المصدرة ببيعها بثمن لا يجاوز حداً معيناً ، وفرض حد أدنى من الحصص تلتزم الدول المستوردة بشرائها بثمن لا يقل عن حد معين . أما فيما يتعلق بكيفية تكوين المخزون واستخدامه لتحقيق التوازن بين العرض والطلب عند هذه الأثمان المحددة فلم يكن محل اتفاق دولى . كذلك لم تفرض قيود على الانتاج والمساحة المزروعة سوى لفترة مؤقتة قبل سنة ١٩٣٠ . ثم توالت منذ هذه السنة عدة مواسم سيئة جعلت من هذا التحديد أمراً لا مبرر له .

وقد عقد أول اتفاق دولى للقمح سنة ١٩٣٣ بين المنتجين والمستوردين الأساسيين ولكن تنفيذه كان محدوداً للغاية ولم يتبق من هذا الاتفاق سوى مجلس دولى للقمح . كذلك اتفق على مشروع اتفاقية أثناء الحرب سنة ١٩٤٢ ولكنها لم تنفذ . وأول اتفاق دولى للقمح عقد بعد الحرب العالمية الثانية

سنة ١٩٤٩ لمدة أربع سنوات وقد التزم فيه المصدرون (الولايات المتحدة الأمريكية وكندا واستراليا والارجنتين) ببيع كميات محدودة بثمن أغلى ١,٨٠ دولار للبوشل فى حين أن الدول المستوردة فى الاتفاقية التزمت بأن تشترى كميات محدودة بثمن أدنى أنزل من ١,٥٠ دولار إلى ١,٢٠ دولار وذلك بين بداية الاتفاقية ونهايتها . وقد ظلت الأسعار العالمية للقمح طوال هذه الفترة أعلى من الحد الأقصى المتفق عليه ١,٨٠ دولار بحيث أن الاتفاقية ثبتت الأسعار فعلا عند هذا الحد ولهذا السبب الواضح التزم المستوردون بنصوص الاتفاقية وطبقت بنسبة ٩٥٪ من الاتفاقية .

وقد عقد الاتفاق الثانى فى سنة ١٩٥٣ لمدة ثلاث سنوات وصممت فيه الدول المصدرة على رفع الحدود المحددة للأسعار إلى ١,٥٥ — ٢,٠٥ دولار ولكن انجلترا خرجت من هذه الاتفاقية نتيجة لرفع الأسعار .

وفى الاتفاقية الثالثة سنة ١٩٥٦ خفضت حدود الأسعار قليلا إلى ١,٥٠ — ٢,٠٠ دولار رغم مطالبة المستوردين ضرورة التخفيض بنسبة أكبر ولذلك خرج عدد آخر من الدول المستوردة .

ونتيجة لاستمرار ارتفاع الأسعار رغم معارضة المستوردين فان حجم الحصص المضمونة قد انخفض من ١٩ مليون فى السنة للاتفاقية الأولى سنة ١٩٤٩ إلى ١١ مليون طن للاتفاقية الثانية سنة ١٩٥٣ إلى ٨ مليون طن للاتفاقية الثالثة سنة ١٩٥٦ . وبذلك أيضاً ارتفعت نسبة المبادلات التجارية التى تمت خارج هذه الاتفاقيات من ٤٠٪ إلى ٧٥٪ .

وقد كانت معارضة المستوردين لرفع الأسعار مبنية على توقيعات صحيحة ، ولذلك ما لبثت أن انخفضت اثمان القمح فى السوق العالمية وبدأ المخزون يتزايد واتجهت الأسعار إلى الانخفاض سنة ١٩٥٣ وبعد قليل من التقلبات استقرت سنة ١٩٥٧ عند مستوى لا يكاد يرتفع بأكثر من ١٠٪ من الحد الأدنى المنصوص عليه فى الاتفاقية . ومع ذلك فنتيجة لسياسة التخزين

المتبعة من الدول المصدرة ظلت الأثمان العالمية للقمح بين الحدود المنصوص عليها فى الاتفاقيات ولم تنزل عن الحد الأدنى .

وقد أدت هذه الأوضاع إلى التأثير فى الاتفاقية الدولية التى عقدت فى سنة ١٩٥٩ ، فلم تعد التزامات المصدرين والمستوردين متماثلة كما ترك نظام الحصص المطلقة . ففى حدود الأثمان المتفق عليها (أقل قليلا من الاتفاقية السابقة) التزم المستوردون بشراء نسبة معينة من وارداتهم التجارية من المصدرين المنضمين إلى الاتفاقية والتزم المصدرون بتوريد هذه الكمية لهم . وفى حالة ارتفاع الأسعار عن الحد الأقصى الوارد فى الاتفاقية فان المصدرين قد التزموا ببيع كمية معينة بثمن لا يجاوز الحد الأقصى المنصوص عليه . وهذه الكمية توازى متوسط مبيعات المصدر للمستورد خلال السنوات الأربعة الأخيرة . ولم تفرض الاتفاقية التزامات مماثلة على المستوردين فى حالة انخفاض الأثمان العالمية عن الحد الأدنى المنصوص عليه . وقد أدى هذا التعديل إلى اشتراك عدد جديد من المستوردين إلى هذه الاتفاقية .

وفى الاتفاقية التى عقدت سنة ١٩٦٢ رفعت حدود الأسعار قليلا إلى ١,٦٢٥ ــ ٢,٠٢ دولار وقد اشترك الاتحاد السوفيتى فى هذه الاتفاقية وترتب على ذلك ارتفاع نسبة المبادلات التجارية التى تتم طبقاً للاتفاقات الدولية وعادت إلى نسبتها السابقة فى أوائل الخمسينات . الا أن ذلك لاينبغى أن يخفى علينا أن ارتفاع نسبة المبادلات التجارية التى تتم وفقاً للاتفاقية قد صاحبها زيادة فى حجم المعونات والتوريدات للقمح بشروط خاصة غير تجارية . كذلك ينبغى الاشارة إلى أنه إذا ظلت أسعار القمح العالمية داخل الحدود المنصوص عليها فى الاتفاقيات فان مرجع ذلك هو سياسة التخزين المتبعة فى الدول المصدرة ، وسوف نعود إلى هذه النقطة فيما بعد .

٣ ــ الدول المشتركة فى اتفاقيات القمح الدوليه :

زاد عدد الدول المصدرة والمشتركة فى الاتفاقيات الدولية للقمح من ٤ إلى ١٠ فى اتفاق سنة ١٩٦٢ ، وفى سنة ١٩٦٢/١٩٦٣ أصبح المصدرون المشتركون فى الاتفاقية يمثلون ٩٠٪ من قيمة الصادرات العالمية للقمح .

وفيما يتعلق بالمستوردين فان عددهم ظل يتغير من اتفاقية إلى أخرى وفى سنة ١٩٦٣/٦٢ أصبح عددهم ٣٧ دولة يمثلون حوالى ٦٠٪ من قيمة الواردات العالمية . ومن ذلك يتبين أن حوالى ثلث صادرات الدول المشتركة فى الاتفاقية تتجه إلى مستوردين غير مشتركين فى الاتفاقات الدولية .

٤ ـ اسعار القمح العالمية :

خلال تطبيق اتفاقية القمح الأولى ١٩٤٩ — ١٩٥٣ ظلت الأسعار العالمية أعلى عن الحد الأقصى المنصوص عليه فى الاتفاقية . ولكن منذ سنة ١٩٥٣ وحتى ١٩٦٢ فقد ظل متوسط الأسعار بين الحدود المنصوص عليها فى الاتفاقات الدولية للقمح . واعتباراً من سنة ١٩٦٣ بدأت الأسعار ترتفع وتقترب من الحد الأقصى مما دفع المشتركين إلى رفع الحدود فى الاتفاق المعقود فى ١٩٦٥/٦٤ . ونتيجة لوقوع مواسم سيئة فى محاصيل القمح فى عدة أماكن من العالم خرجت الأسعار فى بعض الأحوال عن الحد الأقصى المنصوص عليه فى الاتفاقية لأول مرة منذ عشر سنوات .

وينبغى أن نشير هنا إلى أن الأسعار العالمية لا تكفى فى أغلب الأحيان لتوفير دخول للمنتجين تكفى لاستمرارهم فى الانتاج ولذلك تلجأ أغلب الدول إلى اعانة صادراتها من القمح لتستطيع المنافسة فى السوق العالمية . فكندا والأرجنتين وحدهما تستطيعان التصدير دون اعانة خاصة وتلجأ استراليا إلى اعانة صادراتها فى بعض المواسم فقط . وتمثل صادرات القمح المعانة أكثر من نصف الصادرات الكلية للقمح . فنصيب الصادرات غير المعانة من الصادرات الكلية حوالى ٤٥٪ من الصادرات الكلية فضلا عن أن نسبة كبيرة من التبادل الدولى للقمح يتم وفقاً لشروط خاصة وفى برامج المعونات .

والجدول الآتى يبين نسبة الصادرات غير المعانة إلى مجموع الصادرات الكلية .

(آلاف الأطنان)

البلد	متوسط ٥٥/٥٤ ٥٩/٥٨	٥٨/٥٧	٥٩/٥٨	٦٠/٥٩	٦١/٦٠	٦٢/٦١
الارجنتين	٢٨٨١	٢١١٤	٢٨٠٥	٢١٤٤	١٩٤٦	٢٣٥٢
استراليا	٢٤٩٠	١٦٥٦	٢٠٥٠	٣١٦٤	٤٩٩٩	٦٢٧٧
كندا	٧٨٤٣	٨٥٩٢	٨١٧٥	٧٥٢٧	٩٣٠٧	٩٩٣٨
المجموع	١٣٢١٤	١٢٣٦٢	١٣٠٣٠	١٢٨٣٥	١٦٢٥٢	١٨٥٦٧
مجموع الصادرات العالمية	٢٩٨٤٠	٢٨٤٦٥	٢٩٥٥٩	٣٠٨٨٨	٣٧٥٤٩	٤٥٠٦٧
النسبة المئوية للصادرات غير المعانة إلى الصادرات الكلية	٪ ٤٦	٪٤٣	٪٤٤	٪٤٢	٪٤٣	٪٤٤

المصدر : World Wheat Statistics

وينبغى أن نوضح المقصود بأن الأسعار العالمية لا تكفى لتغطية نفقة الانتاج فى معظم الدول الغربية . فالسبب فى ذلك لا يرجع إلى نقص فى انتاجية الزراعة فى القمح وانما إلى ضرورة زيادة دخول المنتجين الزراعين بما يسمح ببقائهم الزراعى . فقد حققت الانتاجية فى الزراعة تقدماً ملحوظاً فى أغلب الدول المتقدمة بل أن زيادتها فى الولايات المتحدة الأمريكية تكاد تبلغ ضعف زيادة الانتاجية فى الصناعة فى السنوات التالية للحرب . ولكن عدم كفاية الأسعار لتغطية نفقات الانتاج يرجع إلى ضرورة توفير دخول زراعية مرتفعة لتقارب الدخول غير الزراعية ، وبذلك يكون السبب فى عدم كفاية الأسعار هو ضرورة زيادة الدخول أو النفقات الأولية primary cost فارتفاع نفقة الانتاج يرجع فى الواقع إلى ضرورة توفير دخول عالية للزراع للحيلولة بينهم وبين الانتقال إلى انتاج آخر ، أى يرجع إلى ما يعرف باسم نفقة الاختيار opportunity cost وليس إلى نقص التقدم فى الانتاجية فى الزراعة . ويساعد على ابراز الفروق فى الدخول الزراعية والدخول غير الزراعية طبيعة هيكل الأسواق فى الدول المتقدمة فالانتاج الصناعى

فى الدول الغربية وبصفة خاصة فى الولايات المتحدة الأمريكية يغلب عليه الهيكل الاحتكارى وذلك بعكس الانتاج الزراعى الذى يغلب عليه طابع المنافسة . ويترتب على هذا الاختلاف أن التقدم الفنى وزيادة الانتاجية فى الصناعة تؤدى إلى زيادة الدخول الصناعية ، أما فى الزراعة فان زيادة الانتاجية والتقدم الفنى فانه يؤدى ، نظراً إلى المنافسة إلى انخفاض الأثمان . وهذا الاختلاف فى طبيعة أسواق الزراعة هو الذى أدى إلى انخفاض الدخول الزراعية بالمقارنة مع الدخول غير الزراعية مما استوجب ضرورة الدعم لابقاء المنتجين الزراعيين . ويضاف إلى هذا العامل اختلاف الطلب على المنتجات الزراعية وعلى المنتجات الصناعية ، فالطلب على المنتجات الزراعية عديم المرونة بعكس الطلب على المنتجات الصناعية الذى يتمتع بمرونة عالية .

٥ ـ انتاج القمح :

سبق أن أشرنا إلى أن القمح ينتج فى بلاد المنطقة المعتدلة . ورغم اتساع هذه المنطقة فان انتاجه يتركز فى عدة دول تساهم وحدها بانتاج الجزء الغالب من محصول القمح . ويتركز انتاج القمح وبصفة خاصة فائض الانتاج المعد للتصدير فى الدول المتقدمة ، ولا تساهم الدول النامية الا بقدر ضئيل للغاية من الانتاج العالمى وبقدر أقل من صادرات القمح .

ويبين الجدول الآتى تطور الانتاج العالمى من القمح من ١٩٤٩ ــ ١٩٦٣ موزعاً بحسب المناطق المختلفة .

الإنتاج العالمى من القمح موزعاً على المناطق المختلفة

(أ = بآلاف الاطنان ب = متوسط ٤٩/ ٥٠ = ١٠٠)

السنة	اوربا الغربية أ	اوربا الغربية ب	أمريكا الشمالية أ	أمريكا الشمالية ب	أمريكا الجنوبية أ	أمريكا الجنوبية ب	أسيا أ	أسيا ب	أفريقيا أ	أفريقيا ب	استراليا ونيوزلنده أ	استراليا ونيوزلنده ب	المجموع أ	المجموع ب
متوسط ٤٩/٥٠ إلى ٥٣/٥٤	٣٧٢١	١٠٠	٤٥٧٩١	١٠٠	٧٧٣٦	١٠٠	٢٢٣٤٧	١٠٠	٤٥٩٠	١٠٠	٥٣٣٣	١٠٠	١١٧٥١٨	١٠٠
متوسط ٥٤/٥٥ إلى ٥٨/٥٩	٣٧٠٧٣	١١٧	٤٢٠٤٤	٩٢	٩٤٦٢	١١٢	٢٧٦٤٨	١٢٤	٥٥٩٠	١٢٢	٤٥٢١	٨٥	١٢٦٣٣٨	١٠٨
٥٩/٦٠	٤٢٦٤٤	١٣٤	٤٣٩٠٤	٩٦	٨١٤٨	١٠٥	٣٢٢٤٠	١٥٣	٥١٧٠	١١٣	٥٦٣٩	١٠٦	١٣٥٧٤٥	١١٦
٦٠/٦١	٣٩٥٨٥	١٢٥	٥٢٢٥٠	١٤	٦٣١٠	٨٢	٣٠٨٧٠	١٣٨	٥٥٩٠	١٢٢	٧٦٩٩	١٤٤	١٤٢٣٠٤	١٢١
٦١/٦٢	٣٧٥٣٧	١١٨	٤٢٧١٠	١٩٣	٧٠٧٠	٩١	٣١١٧٠	١٣٩	٤١٠٠	٨٩	٦٩٦٣	١٣١	١٢٩٦٠٤	١١٠
٦٢/٦٣	٤٧١٩٧	١٤٩	٤٦٣٥٠	١٠١	٧٠٥٠	٩١	٣٤٠٠٠	١٥٢	٥٥٠٠	١٢٠	٨٤٥٦	١٥٩	١١٨٥٤٣	١٢٦

ويتضح من هذا الجدول أن الجزء الأكبر من القمح ينتج فى أمريكا الشمالية وأوربا الغربية واستراليا ونيوزلانده . وإذا كان الانتاج من القمح فى الدول النامية لا يزال يمثل بعض الأهمية فان اختلاف الكثافة فى السكان فى هذه الدول بالنسبة إلى الدول المتقدمة يجعل الدول النامية غير قادرة على الاكتفاء الذاتى فى حين تحقق أغلب الدول المتقدمة فائضاً سنوياً ضخماً من القمح يزيد على حاجتها للاستهلاك المحلى .

وفى الجدول الآتى نرى نسبة الصادرات فى أمريكا الشمالية الى الانتاج الكلى :

	متوسط ٥٢/٤٨	متوسط ٥٥/٥٣	متوسط ٦١/٥٩
القمح	٤٠٪	٣٥٪	٥٩٪
الحبوب الثانوية الأخرى	٤ ٪	٥ ٪	٨ ٪
المنتجات من اللبن والبيض	٣ ٪	٣ ٪	٤ ٪
المجموع	١٢٪	١٥٪	١٦٪

المصدر : F. A. O.

ولنفس السبب المتقدم نجد أن معظم الواردات من القمح يتجه إلى الدول النامية .

وفى الجدول الآتى نبين حجم واردات الدول النامية من القمح والدقيق (الآف الاطنان)

السنة	الواردات الكلية من القمح والدقيق	الواردات طبقاً للبرامج الخاصة للولايات المتحدة	الواردات التجارية
متوسط ٥٥/٥٤	١٠٣٣٢	٤٤٦٧	٥٨٦٥
٥٩/٥٨			
٥٨/٥٧	١١٩٥١	٤٨٧٣	٧٠٨٧
٥٩/٥٨	١٣٥١٤	٦١٤٩	٧٣٦٥
٦٠/٥٩	١٥٩٤٣	٨٥٧٤	٧٣٦٩
٦١/٦٠	١٥٩٩٢	٩٧٠٨	٦٢٨٤
٦٢/٦١	١٧١١٧	١١٩١٤	٦١٠٣

المصدر : F. A. O.

ولذلك نجد أن نصيب الدول المتقدمة فى أمريكا الشمالية وأوروبا الغربية واستراليا ونيوزيلانده يجاوز ٥٠٪ من حجم التجارة الدولية للحبوب الغذائية فى حين أن نصيب الدول النامية من هذه التجارة لا يجاوز ٤٠٪ من مجموع الواردات وحوالى ٦٪ من مجموع الصادرات . وفيما يتعلق بصادرات الدول النامية من الحبوب الغذائية نجد أن دولة واحدة هى الآرجنتين هى المصدر الدائم بين هذه المجموعة وتمثل صادراتها حوالى ٩٠٪ من صادرات الدول النامية من القمح وحوالى ٦٠ – ٨٠٪ من مجموع صادرات الدول النامية من الحبوب الغذائية الثانوية مثل الذرة . وفى الفترة ٥٩ – ٦١ بلغت تجارة الدول المتقدمة من الحبوب الغذائية حوالى ٨٠٪ فى حين أن نصيب الدول النامية من صادرات هذه الحبوب لم يجاوز ١٠٪ .

ويحتل الانتاج الأمريكى بصفة خاصة مركزاً خاصاً يؤثر على حرية السوق الدولى للقمح . فالولايات المتحدة الأمريكية تنتج ما يمثل ١٣ أو ١٥٪ من الانتاج العالمى ولاتستهلك سوى جزء ضئيل من هذا الناتج وبذلك تمثل المركز الأول بين الدول المصدرة للقمح وتمثل صادراتها نحو ٤٠٪ من مجموع الصادرات العالمية . وقد أدت الثورة التكنولوجية فى الزراعة خلال الخمس عشرة سنة الأخيرة إلى زيادة انتاج الحبوب فى الولايات المتحدة الأمريكية مما ترتب عليه أن كل محاولات تقييد الانتاج بتحديد المساحة المزروعة صاحبها زيادة هائلة فى الانتاج جاوزت أثر التقييد .

ويتبين من ملاحظة اتجاهات الانتاج فى السنوات الماضية استمرار زيادة الانتاج كما يتضح من الجدول الآتى :

(جملة الانتاج بالمليون طن)

أهم الدول المنتجة للقمح	٦١/٦٠	٦٢/٦١	٦٣/٦٢	٦٤/٦٣	٦٥/٦٤
الاتحاد السوفيتي	٦٤,٠	٦٦,٨	٧٠,٨	٤٩,١	٧٤,٢
الولايات المتحدة الامريكية	٣٦,٩	٣٣,٦	٢٩,٧	٣١,٣	٣٥,١
كندا	١٤,١	٧,٧	١٥,٤	١٩,٧	١٦,٣
فرنسا	١١,٠	٩,٦	١٤,١	١٠,٢	١٣,٨
الارجنتين	٤,٠	٥,١	٥,٠	٨,١	١٠,١
استراليا	٧,٤	٦,٧	٨,٦	٨,٩	١٠,٠
الهند	١٠,٣	١١,٠	١١,٠	١٠,١	٩,٩
ايطاليا	٦,٣	٨,٣	٩,٥	٨,١	٨,٦
تركيا	٨,٦	٧,١	٨,٥	١٠,١	٨,٤
بلاد أخرى	٨٢,٤	٨١,٠	٨٩,٥	٩٤,٥	٨٦,٣
الجملة	٢٤٥,٠	٢٣٦,٩	٢٦٣,١	٢٤٩,٦	٢٧٣,١

وهذه الزيادة المستمرة فى عرض القمح لابد أن يصاحبها زيادة مماثلة فى الطلب والا ترتب على ذلك اختلال خطير فى سوق هذه السلعة . وهذا هو ما حدث بالفعل مما أدى إلى ظهور مشاكل جديدة خاصة بالمخزون والبيوع الخاصة وقبل أن نتعرض لهاتين المشكلتين نشير إلى تطور الطلب على الحبوب الذائبة .

٦ ـ الطلب على القمح :

فى مواجهة الزيادة الكبيرة فى الانتاج من الدول المتقدمة نجد أن الطلب لا يتزايد الا بمعدل طفيف . فانخفاض مرونة الدخل للحبوب الغذائية فى الدول المتقدمة يحول دون زيادة الطلب نتيجة لزيادة الدخل الفردى . بل انه فى بعض الدول المتقدمة هذه المرونة سلبية بمعنى أنه يترتب على زيادة الدخل الفردى انخفاض طفيف فى الاستهلاك من الحبوب . وتعتبر الزيادة فى الطلب فى هذه الدول والناجمة عن زيادة السكان صغيرة نسبياً ولا تتجاوز بحال من الأحوال ١,٢٪ فى السنة .

ومن ناحية ثانية فان بعض ما يقيد زيادة الطلب على الحبوب الغذائية يرجع إلى اجراءات السياسة الحمائية التى تتبعها معظم الدول المتقدمة لحماية

دخول المزارعين بها ، فكل الدول الغربية باستثناء المملكة المتحدة تتبع سياسة حمائية فى مواجهة الواردات من الحبوب الغذائية . أما فى المملكة المتحدة فان حماية المزارعين تم عن طريق دفع تعويضات لهم تسمح بتغطية نقص أثمانهم عن الأثمان المضمونة لهم . وكانت دول السوق الأوروبية المشتركة تتبع حتى سنة ١٩٦٢ سياسة الرسوم الجمركية الحمائية بقصد حماية انتاجها الداخلى من الحبوب ، وبعد ذلك التاريخ اتبعت دول السوق سياسة الاستقطاعات . Prelevement التى تعمل على تسوية أثمان الاستيراد بالأثمان الداخلية للحبوب . وعلى ذلك فان مستوى الأسعار العام السائد هو الذى سيحدد فى المستقبل اتجاه الانتاج والاستيراد داخل السوق الأوروبية وقد تم أول تحديد لهذه الأسعار سنة ١٩٦٤ وذلك بخفض أسعار الحبوب الغذائية فى ألمانيا الغربية ورفع أسعاره فى معظم دول السوق . وبصرف النظر عما سيؤدى اليه رفع الأسعار من تشجيع المنتجين وخصوصاً فى فرنسا على زيادة انتاجهم ، فان وجود سوق أوروبية تتمتع بحماية فى مواجهة الخارج يمكن أن تؤدى إلى نقص استيراد دول السوق من الدول الأجنبية وبذلك تعتبر عاملا من عوامل نقص حجم التجارة الدولية للحبوب خارج السوق .

وفيما يتعلق بالدول النامية التى لا تزال تعانى من نقص فى استهلاكها من الحبوب الغذائية فضلا عن ارتفاع معدلات زيادة السكان بها ، فان طلب هذه الدول من السوق الدولية للقمح محدود بنقص القدرة الشرائية لهذه الدول من العملات الأجنبية . فحصيلة هذه الدول من العملات الأجنبية تتزايد بمعدل طفيف نظراً لاعتمادها على صادراتها من المواد الأولية ذات الطلب العالمى المحدود (باستثناء البترول) ، فضلا عن أن اتجاه هذه الدول نحو التصنيع يزيد من استيرادها من السلع الاستثماريه والوسيطة مما يجعل حصيلتها من العملات الأجنبية المخصصة للحصول على الحبوب الغذائية محدود للغاية .

٧ - طبيعة سوق القمح الدولية - انفصام الصلة بين العرض والطلب :

رأينا أن سوق القمح تنظمه فى الغالب من الأحوال اتفاقات دولية بين المصدرين والمستوردين الأساسيين وبذلك لا تترك الأثمان لمجرد تقلبات

العرض والطلب . وإذا كان الغرض الأساسى من هذه الاتفاقات الدولية هو تثبيت أسعار القمح والحيلولة دون التقلبات الشديدة لها فان هيكل سوق القمح الدولية بعيد عن المنافسة وتتحكم فيه اعتبارات أخرى غير مجرد قوى العرض والطلب . وقد رأينا أن الانتاج الأمريكى للقمح يسيطر بشكل خاص على السوق الدولية للقمح . ومن ثم تباشر الولايات المتحدة الأمريكية تأثيراً احتكارياً على هذه السوق .

وتهدف السياسة الأمريكية إلى تحقيق أهداف أخرى داخلية غير مجرد التوازن بين عرض وطلب القمح . ولذلك فان سوق القمح الدولية لا يعتمد فقط على ظروف العرض والطلب وانما على السياسات الداخلية للدول المنتجة للقمح وبصفة خاصة الولايات المتحدة الأمريكية . وهذا ما يؤكد ما ذهبنا اليه فى مقدمة هذا البحث من أن سوق القمح يختلف على غيره من أسواق السلع الأخرى من ناحية أهمية سياسة الدول الداخلية وظهور وسائل جديدة لتنظيم الانتاج والتجارة مثل المخزون وتصريف الفائض عن غير الطريق التجارى المعتاد .

وقد سبق أن رأينا أن انتاج القمح يزيد بمعدلات أكبر من زيادة الطلب عليه (١) . وقد كان من الممكن أن يترتب على ذلك انخفاض الأسعار نتيجة لزيادة العرض على الطلب ومن ثم يقل العرض من ناحية ويزيد الطلب من ناحية أخرى بما يؤدى إلى قيام صلة بينهما . ولكن ترك أسعار القمح لقوى العرض والطلب على هذا النحو يذهب عكس اتجاه السياسة الداخلية للدول المنتجة للقمح والتى ترفض انخفاض أثمان القمح حماية لدخول المزارعين بها وإلى اقامة نوع من الصلة بين الدخول الزراعية والدخول غير الزراعية . فترك الأمور لقوى العرض والطلب وحدها كان يمكن أن يؤدى إلى انهيار شديد فى أسعار الحبوب الغذائية لولا السياسة التى تتبعها الدول المتقدمة والتى تقتضى بأن تحديد الانتاج والتجارة لا يخضع فقط للعرض والطلب

---

(١) المقصود طبعاً هو الطلب المصحوب بالقدرة الشرائية وليس مجرد الحاجة .

كما هو الشأن بالنسبة لأغلب السلع الأخرى . وساعد الدول المتقدمة ، وبوجه خاص الولايات المتحدة الأمريكية ، على اتخاذ هذه السياسة المركز الاحتكارى الذى تمثله فى سوق القمح وفى أسواق الحبوب الغذائية الأخرى الثانوية والتى يمكن أن تكون متنافسة معها (الذرة) .

ولا تستطيع الدول المتقدمة ترك أسعار الحبوب الغذائية تنخفض اعتماداً على أن ذلك سيؤدى بالضرورة إلى انتقال العمل الزراعى إلى فروع الانتاج الأخرى ومن ثم يتوازن هيكل الانتاج بها مع مقتضيات الطلب الداخلى والدولى . تحويل العمل الزراعى إلى فروع الانتاج الأخرى ليس مشكلة يسيرة يمكن حلها فى وقت قصير لأن الزراعة ليس مجرد عمل انتاجى ولكنها تمثل نوعاً معيناً من المعيشة . ولذلك فان هذا التحويل يفرض أعباء اجتماعية مرتفعة على المزارعين ويمثل أهمية سياسية كبيرة فى الدول المتقدمة نظراً للأهمية السياسية للمزارعين فى هذه الدول .

لكل هذه الاعتبارات فان بقاء المزارعين فى قطاع الزراعة مع ضرورة توفير حد معقول من الدخول لهم يعتبر مشكلة داخلية فى الدول المتقدمة . وتتخذ هذه الدول السياسات الكفيلة بتحقيق أغراض سياستهم الداخلية بما فى ذلك التأثير على السوق الدولية للقمح . ولذلك فان تأثير السياسة الداخلية للدول المتقدمة على سوق القمح واضح وكبير ويفوق أثر العرض والطلب .

٨ ــ السياسة الداخلية للدول المنتجة للقمح :

أدت السياسات الزراعية فى معظم الدول الصناعية إلى زيادة الانتاج الزراعى بصورة أو بأخرى . ونتيجة للتقدم الفنى فان الانتاج يزيد بمعدل أسرع بكثير من معدل زيادة الطلب على ما سبق أن رأينا . ولذلك فقد عمدت معظم الدول إلى اتخاذ سياسات داخلية لحماية دخول المزارعين من الانخفاض . وقد سبق أن رأينا أن معظم الدول الصناعية المستوردة للقمح تتبع سياسات حمائية لرفع دخول المزارعين بها . كذلك تعمد الدول المصدرة إلى تقديم معونات للصادرات من القمح حتى تستطيع المنافسة فى السوق الدولية .

وقد ترتب على ذلك أن الأسعار العالمية تعتبر منخفضة بالنسبة لكثير من المنتجين الذين يرون أن هذه الأسعار غير كافية لتحقيق دخول مناسبة لهم بالمقارنة بالدخول غير الزراعية ، ومن ناحية أخرى تعتبر السوق ضيقة أمام المصدرين من القمح نتيجة للسياسات الحمائية .

ولذلك فان السياسات الداخلية للدول الصناعية تقوم على اعانة ودعم انتاج القمح بها بهدف حماية دخول المزارعين ضد أى انخفاض مفاجىء كما حدث أثناء الأزمة العالمية ١٩٣٠ . لذلك تضمن لهم السياسات الزراعية توفير دخول مناسبة لهم والأصل أن تأتى موارد الدعم فى الدول المتقدمة من القطاعات الأخرى غير الزراعية ، وبعبارة أخرى فان الاجراءات التى تتخذها الدول المتقدمة لحماية دخول المزارعين يجب أن تمول عن طريق الاعباء التى تفرض على القطاعات الأخرى بها . ولذلك فان استمرار المزارعين فى الانتاج بأثمان لا تحقق لهم دخولا كافية يرجع إلى تحمل القطاعات الأخرى فى الدول المتقدمة لاعباء هذا الدعم . ولكن ذلك لا يعتبر تصويراً كاملا للوضع إذ أن جزءاً من تمويل الدعم قد نقل عبؤه إلى الدول المستوردة للحبوب الغذائية عن طريق الآثار الناجمة عن البيوع الخاصة وسياسة التخزين على ما سنرى .

وعلى ذلك فان جزءاً من سياسة الدول المتقدمة فى سوق القمح الدولية قد قصد به نقل جزء من اعباء توفير الدخول مناسبة للمزارعين بها إلى الدول الأخرى . وبذلك تستخدم السوق الدولية لتحقيق بعض أهداف السياسة الداخلية للدول المتقدمة .

ونخلص مما تقدم ان السياسات الداخلية للأسعار والانتاج جعلت من انتاج الحبوب وعلى وجه الخصوص القمح أمراً مستقلا عن العلاقات بين العرض والطلب ، وقد أدى ذلك إلى ظهور وسائل جديدة أهمها المخزون وقيام نوع جديد من العلاقات الدولية لتصريف جزء من فائض المخزون . وهو ما سنتناوله الآن .

٩ ـ المخزون من القمح :

رأينا أن هيكل التبادل التجارى وحجم الانتاج يتأثر فى مسائل الحبوب الغذائية بالسياسات الداخلية للبلاد المتقدمة الخاصة بتثبيت الأسعار الزراعية ودعم الزراعة . وقد أدت هذه السياسات إلى انقطاع الصلة تقريباً بين العرض والطلب ولم يعد الانتاج متوقفاً على اعتبارات الطلب . وقد ترتب على ذلك ظهور فائض كبير فى الانتاج من الحبوب الغذائية .

فمنذ حرب كوريا تكونت كميات كبيرة من فائض الحبوب الغذائية ليس لها مثيل فى الولايات المتحدة الأمريكية وغيرها . وقد وصل المخزون فى بعض الأحوال التى ثلاثة أمثال مقابلة سنة ١٩٥٢ وهى السنة التى ساد فيها الاعتقاد بأن المخزون من الحبوب يكفى لمواجهة الحاجات العادية للتجارة .

والسبب فى تكوين هذا المخزون يرجع كما سبق الاشارة إلى الزيادة الهائلة فى الانتاجية فى الدول المتقدمة نتيجة للتقدم الفنى فى أمريكا الشمالية وأوربا خلال الخمسينات وأوائل الستينات بالاضافة إلى السياسات الداخلية المتعلقة بحماية الدخول الزراعية ومنع الأسعار من الانخفاض . أما بالنسبة للدول النامية فرغم ان انتاجها قد زاد خلال نفس الفترة الا أن حاجاتها من هذه الحبوب قد زادت هى الأخرى بنسبة أكبر مما لا يمكن معه القول بأن زيادة الانتاج فى الدول النامية قد ساهمت بأى شكل فى تكوين الفائض المخزون الموجود حالياً .

ويبين الجدول الآتى حجم المخزون فى الدول المتقدمة من ١٩٥٢ — ١٩٦٣ (مليون طن) .

	التاريخ	١٩٥٢	متوسط ١٩٥٢ ١٩٥٥	متوسط ١٩٥٦ ١٩٥٩	١٩٦٠	١٩٦١	١٩٦٢	١٩٦٣ أرقام مؤقتة
للقمح								
الولايات المتحدة	أول يوليو	٧,٠	١٩,٣	٢٨,٠	٣٥,٨	٣٨,٤	٣٦,٠	٣٢,٤
كندا	أول أغسطس	٥,٩	١١,٩	١٧,٣	١٦,٣	١٦,٥	١٠,٦	١٣,٣
الارجنتين	أول ديسمبر	٠,١	١,٥	١,٤	١,٢	١,٦	١,٠	٠,٣
استراليا	أول ديسمبر	٠,٥	١,٧	١,٥	١,٧	١,٧	٠,٨	٠,٦
المجموع		١٣,٥	٣٤,٤	٤٨,٢	٥٥,٠	٥٨,٢	٤٨,٤	٤٦,٦
الحبوب الثانوية :								
الولايات المتحدة	أول يوليو	٣٨,٥	٢٧,٥	٤٩,٨	٦٨,٠	٧٧,٢	٦٥,٣	٥٦,٩
كندا	أول أغسطس	٣,٦	٤,٥	٥,٢	٤,٦	٤,٥	٢,٨	٤,٤
المجموع		٢٢,١	٣٢,٠	٥٥,٥	٧٢,٦	٨١,٧	٦٨,١	٦١,٣

situation mondiale de l'alimentation et de l'agriculture FAO. Rome 1963

وإذا كنا نلاحظ خلال العامين الآخرين نقص فى حجم المخزون فان ذلك يرجع إلى السياسة التى اتبعتها على وجه الخصوص الولايات المتحدة الأمريكية بتصريف الفائض وتحديد الانتاج . ولكن ذلك لا يمنع من القول بأن المخزون يمثل كميات مبالغ فيها ويزيد زيادة كبيرة جداً عن الحاجات العادية للتجارة الدولية وقد أدت هذه الزيادة الضخمة فى المخزون إلى ظهور نوع جديد من العلاقات الدولية هى البيوع الخاصة وبرامج المعونات .

وقد تطورت الفكرة السائدة خلال السنوات العشر الماضية حول هذه المسألة . فالفائض المخزون كان ينظر اليه كظاهرة مؤقتة نتيجة للسياسات الداخلية التى من شأنها عدم ربط الانتاج بالطلب وكان ينظر إلى المعونات والبيوع الخاصة على أنها وسيلة معتدلة لتصريف هذا الفائض ولكن الوضع اختلف الآن بعض الشىء . فاذا كان الفائض يرجع ولا شك إلى الاعتبارات الخاصة بدعم الزراعة فىالدول المتقدمة فقد بدأ يظهر فى الأفق تغيير فى النظرة

إلى البيوع الخاصة وبرامج المعونات ، فبدأت الدول النامية والمنظمات الدولية فى البحث حول امكانية استخدام هذه الطاقة الانتاجية للدول المتقدمة فى سبيل تنمية الدول المتغيرة (على سبيل المثال برنامج التغذية العالمى)

Pam (Programme alimentaire mondiale)

وعلينا الآن أن نتناول البيوع الخاصة باعتبارها الوجه الآخر المكمل لظاهرة تزايد المخزون من الحبوب الغذائية .

١٠ - البيوع الخاصة وبرامج المعونات :

ترتب على تنظيم سوق القمح على النحو المتقدم وظهور المخزون وزيادته بشكل كبير ظهور نوع جديد من العلاقات الدولية فى شكل جديد متعلق بالبيوع الخاصة وبرامج المعونات التى تمنح للدول النامية بشروط يسيرة وقد زادت أهمية هذه البيوع الخاصة وأصبحت تمثل نسبة مرتفعة من التبادل الدولى للقمح . ففى خلال ٥٩ - ١٩٦٣/٦١ ساهمت هذه البيوع الخاصة بحوالى ٣٩٪ من حجم التبادل الدولى للقمح .

ويبين الجدول التالى المبيعات الخاصة من القمح للدول النامية ونسبتها إلى الانتاج العالمى والصادرات العالمية من القمح (آلاف الأطنان) .

السنة	المبيعات بشروط خاصة	الانتاج العالمى	النسبة المئوية	الصادرات	النسبة المئوية
متوسط ٥٤-٥٥	٣٩١٢	١٢٦٣٣٨	٣,١	٢٨٤٥٠	١٣,٨
٥٧-٥٨	٤٥٧٣	-	-	٢٨٤٦٥	١٦,١
٥٨-٥٩	٦٠٨٠	-	-	٢٩٥٥٩	٢٠,٦
٥٩-٦٠	٨٥٣٥	١٣٥٧٤٥	٦,٣	٣٠٨٨٨	٢٧,٦
٦٠-٦١	٩٧٠١	١٤٢٣٠٤	٦,٨	٣٧٥٤٩	٢٥,٨
٦١-٦٢	١١٠١٠	١٢٩٦٠٤	٨,٥	٤٢٠٦٧	٢٢,٢

باستثناء انتاج الدول الاشتراكية

المصدر : World Wheat Statistics.

وأهم صور هذه البيوع تلك التى تتم وفقاً للقانون الأمريكى المعروف

Public Law, 480 الصادر فى سنة ١٩٥٤ . ولا يهمنا هنا دراسة أحكام هذا القانون وانما نشير فقط إلى أنه يسيطر على هذه البيوع الخاصة المبادىء التى أشارت اليها منظمة التغذية والزراعة بصدد تصريف الفائض الزراعى (١) وتبين هذه المبادىء العامة أهمية زيادة الاستهلاك من الحبوب الغذائية دون أن يترتب على ذلك أى تأثير على الانتاج أو التبادل الدولى للحبوب الغذائية . والأهداف التى يجب توخيها فى برامج البيوع الخاصة والمعونات تنحصر فيما يلى :

(ا) رفع الاستهلاك .

(ب) تصريف الفائض بشكل منظم يحول دون انهيار مفاجىء للأسعار .

(ج) تجنب الآثار السيئة على الانتاج والتبادل الدولى .

وبتطبيق هذه المبادىء على برامج البيوع الخاصة والمعونات نجد أنها تحاول التوفيق بين نوعين من المصالح التى يمكن أن تتأثر بهذه البرامج :

مصالح الدول المستوردة والمستفيدة من هذه البرامج (أسعار منخفضة دفع بالعملة المحلية بتسهيلات ائتمانية بشروط غير تجارية) — ومصالح الدول المصدرة الأخرى التى قد تخشى من تضييق نطاق أسواقها وانخفاض أثمان صادراتها . ولذلك فالهدف من هذه المبادىء أيضاً هو حماية مصالح الدول المصدرة الأخرى .

وتقرر هذه الحماية اعتماداً على أن البيوع الخاصة والمعونات تؤدى إلى رفع الاستهلاك فى الدول المستفيدة دون أن يترتب عليها أى انخفاض فى حجم التبادل التجارى وبالتالى لا تؤدى هذه البيوع الخاصة إلى انقاص حجم الواردات العالمية . وذلك لأن هذه البيوع الخاصة انما توجه إلى الدول النامية التى تحتاج إلى الحبوب الغذائية والتى لا يكون فى مقدورها أن تتدخل فى سوق

---

(١) Conérence de la FAO, Septieme cession, Resolution 14, Rome 1954.

القمح مشتريه نظراً لضعف قدرتها الشرائية . ولذلك فان هذه البيوع الخاصة وان أدت إلى رفع الاستهلاك من الحبوب الغذائية الا أنها لا تقتطع أى جزء من التجارة الدولية لأنها لا تحل محل الواردات للدول القادرة على الاستيراد وبذلك لا تتأثر مصالح الدول المصدرة .

١١ ـ اثر البيوع الخاصة على سوق القمح :

يتضح من العرض المتقدم ان الالتجاء إلى نظم التخزين والتصريف عن طريق البيوع الخاصة والمعونات هو وحده الذى يكفل منع أسعار القمح العالمية من الانخفاض الشديد . فلولا هذه الاجراءات لترتب على زيادة العرض على الطلب انخفاض أثمان القمح بدرجة كبيرة . (ولكن هذا الانخفاض الشديد للأسعار قد يؤدى إلى خروج عدد كبير من المنتجين الذين تزيد نفقة انتاجهم عن هذه الاثمان المنخفضة . وقد سبق أن رأينا ان سوق القمح العالمية تتمتع فى كثير من الأحوال باعانات تصدير وان هذه الاعانات تتحملها القطاعات غير الزراعية فى الدول المتقدمة) . وايا ماكان الأمر فان الالتجاء إلى النظام المزدوج من التخزين والبيوع الخاصة قد ساعد على رفع أثمان القمح فى السوق العالمية، ويبين الجدول التالى : مجموع البيوع الخاصة والمخزون لدى الولايات المتحدة الأمريكية ونسبته إلى الانتاج العالمى والصادرات العالمية للقمح .

السنة	المبيعات الخاصة والاضافية إلى المخزون (ا)	الانتاج العالمى (ب)	النسبة المئوية ب٪ا	الصادرات العالمية	النسبة المئوية (ح)
متوسط٥٤/٥٥	٦٩٤٢	١٢٦٣٣٨	٥,٥	٢٨٤٥	٢٤,٤
٥٨/٥٧	٧٦٤٥	—	—	٢٨٤٦٥	٢٦,٩
٥٩/٥٨	١٥٧٠٣	—	—	٢٩٢٥٩	٥٣,١
٦٠/٥٩	٩٣٥٢	١٣٥٧٤٥	٦,٩	٣٠٨٨٨	٣٠,٣
٦١/٦٠	١٢٥٨٤	١٤٢٣٠٤	٨,٨	٣٧٥٤١	٣٣,٥
٦٢/٦١	٢٣٣٩	١٢٩٦٠٤	١,٨	٤٢٠٦٧	٥,٦

باستثناء الدول الاشتراكية

المصدر : World Wheat Statistics

وقد سبق أن اشرنا إلى أن الاعتبارات التى تحكم العرض فى الدول المتقدمة لا تمكن ضغطها بسهولة نظراً لارتباطها بضرورات سياسية داخلية متعلقة بأوضاع الزراعة بها ودخول المزارعين . ومع هذه الضرورة السياسية الداخلية للدول المتقدمة نجد أن أسلوب التخزين والتصريف عن طريق البيوع الخاصة يحقق أكبر قدر من المنفعة لهذه الدول . إذ أنه يسمح باقتطاع جزء من العرض الزائد على حاجات الطلب وبالتالى يعمل على عدم انهيار أثمان القمح فى السوق العالمية . ومن هذا الطريق يكون التخزين والبيوع الخاصة وسيلة لتمكين الدول المصدرة للقمح من تحميل جزء من اعباء دعم الزراعة بها على المستوردين للقمح بالشروط التجارية . فاذا لم يوجد هذا النظام — وفى ضوء ضرورة حفظ دخول المنتجين الزراعيين فى الدول المتقدمة من الانخفاض — كان ينبغى على حكومات هذه الدول أن تقدم اعانات ضخمة جداً لتغطية الفرق بين نفقة الانتاج والأسعار العالمية المنهارة . وبعبارة أخرى كان يفرض كل اعباء دعم الزراعة فى الدول المتقدمة على القطاع غير الزراعى بها . أما فى ظل التنظيم القائم على التخزين والبيوع الخاصة فان جزءاً من العبء قد نقل إلى الدول المستوردة بالشروط التجارية .

بعد هذا الاستعراض للوضع الراهن للسوق الدولية للقمح علينا أن نشير الآن إلى بعض المؤشرات التى قد تغيرت فى بيان الاتجاهات المستقبلة للتطور . وهذا ما سنقوم به الآن على أن يكون مفهوماً أنه يقيد من دلالة هذه الاتجاهات مايشوب كل دراسة متعلقة بالمستقبل من قصور ناجم عن عدم القدرة على الاحاطة بكافة التغيرات فضلا عن أن نقص البيانات المتاحة فى هذا الصدد والتى تساعد على تجسس الاتجاهات العامة للتطور .

١٢ـ الاتجاهات المستقبلة:

قلت مساهمة الدول النامية فى التجارة الدولية فى الوقت الذى أعدت فيه الخطط لزيادة معدل النمو فيها والذى أشار فيه عقد التنمية للأمم المتحدة بمعدل ٥٪ سنوياً للدخل القومى ، هذا المعدل المرتفع للنمو يفرض زيادة معدل الاستثمار زيادة كبيرة وبالتالى زيادة الواردات من السلع الاستثمارية

والسلع الوسيطة . فاذا استمرت صادرات الدول النامية على ما هى عليه من الزيادة الطفيفة فان هذه الدول ستعانى بلا شك من مشاكل فى موازين مدفوعاتها وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق باستيراد المواد الغذائية .

وقد نشرت منظمة التغذية والزراعة سنة ١٩٦٢ توقعات عن أهم الحبوب الغذائية لسنة ١٩٧٠ (١) والمقصود من هذه الدراسة التى أجرتها منظمة التغذية هو التنبؤ بالطلب على أهم المواد الغذائية الداخلة فى التجارة الدولية لبيان ما إذا كان ثمة اختلالات خطيرة يمكن حدوثها وبالتالى تشير إلى مواضع الضعف وأسباب الأزمات . وقد بينت هذه الدراسة على عدد من الفروض التى تتعلق بمعدل زيادة السكان ومعدل نمو الدخل وبالسياسات الاقتصادية وسياسات الأثمان .

وبالنسبة لزيادة السكان : فقد اتخذت المعدلات المتحققة وهى ١,٢ للدول المتقدمة ٢,٤٪ للدول النامية .

— وفيما يتعلق بمعدل النمو ، فقد لجأت الدراسة إلى وضع فرضين : الأول : فرض ضعيف وفيه أن النمو سيحقق نفس المعدلات المحققة فى الماضى (الخمسينات) أى حوالى ٣,٩٪ للدول المتقدمة ، ٤,١٪ للدول النامية . أما الفرض الثانى : فرض قوى فهو يعتمد على توقيعات الخطط فى أغلب الدول ويفرض ٥٪ للدول المتقدمة وحوالى ٥,٢٪ للدول النامية .

— أما فيما يتعلق بالأثمان والسياسات الاقتصادية للدول ، فانه وفقاً لعرف سائد فى هذا النوع من الدراسات فقد افترض انه لن ينالها أى تغيير . ولكن هذا الفرض المتعلق بثبات الأثمان والسياسات الاقتصادية ليس سوى نقطة ابتداء ، فاذا تبين ان ثمة اختلالات شديدة بين العرض والطلب يتوقع حدوثها فلابد من مواجهة هذه الاختلالات باتخاذ الاجراءات الكفيلة بالقضاء عليها بما فى ذلك تغيير الأثمان وتغيير السياسات الاقتصادية الأخرى .

---

(١) Produits agricoles — Projections pour 1970, Rapprt (1) FAOSur les produits, 1962, supplement special FAO

الدول النامية : ونتناولها من عدة زوايا :

١ ـ الحاجات الغذائية .

٢ ـ الانتاج الزراعى .

٣ ـ التجارة الدولية .

وفيما يتعلق بالحاجات الغذائية فانه وفقاً لمعدل الزيادة فى السكان وفى الدخل الفردى وطبقاً لمرونة الدخل للمواد الغذائية فان الطلب على المواد الغذائية سيزيد بمعدل ٤,٢٪ سنوياً تقريباً فى الدول النامية (باستثناء الارجنتين وارجواى) .

أما فيما يتعلق بالانتاج الزراعى فرغم أن ثلثى السكان يشتغلون فى الزراعة فى معظم الدول النامية الا أنهم لا يقدمون سوى نصف الناتج القومى مما يجعل الدخل الفردى فى الزراعة حوالى نصف الدخل الفردى فى القطاع غير الزراعى . فاذا استمرت الزراعة على النحو بالمعدل السابق أى بحوالى ٣٪ سنوياً فان الانتاج فى القطاع غير الزراعى ينبغى أن يزيد بمعدل ٧,٤٪ حتى يمكن تحقيق معدل الزيادة فى الدخل القومى ٥,٢٪ وإذا كانت الزيادة فى السكان حوالى ٢,٤٪ سنوياً فى القطاعين فان ذلك يعنى زيادة الدخل الفردى الزراعى بحوالى ٠,٦ ، ٥٪ فى الدخل الفردى غير الزراعى . وفى هذه الظروف فان الفروق بين الدخول الزراعية والدخول غير الزراعية لابد وان تزيد ولابد وأن تنشأ مشكلة فى التغذية .

وإذا زاد الانتاج الزراعى بمعدل ٤٪ فاننا نحصل على زيادة فى الدخل الفردى الزراعى ١,٦٪ وفى الدخل الفردى غير الزراعى ٤.٪ . وعلى أى الأحوال فاذا كان معدل الزيادة فى الانتاج الزراعى أقل من ٤٪ سنوياً فان الطلب على الواردات الزراعية سيزيد زيادة كبيرة .

وأخيراً فيما يتعلق بالتجارة الدولية للدول النامية نجد أن حجم العجز التجارى للحبوب الغذائية قد زاد حوالى مليار دولار فى الفترة بين ٥٣/٥٥ ـ

١٩٦١/٥٥ . ويمكن تثبيت هذا العجز دون زيادة إذا نجحت الدول النامية فى تنفيذ خطط التنمية بها .

والخلاصة أنه ينبغى على الدول النامية أن تزيد انتاجها الزراعى بما لا يقل عن ٤٪ سنوياً .

الدول المتقدمة :

من المنتظر أن تستمر هذه الدول على تحقيق فائض فى انتاجها من الحبوب الغذائية بحيث تستمر الزيادة فى العرض على الطلب لهذه الحبوب . وحتى فى حالة تحقيق معدل نمو مرتفع ٥٪ سنوياً فان الطلب على الحبوب الغذائية لن يزيد فى هذا الغرض عن ٢,١٪ فى حين أن الانتاج ينتظر أن يزيد بحوالى ٢,٣٪ سنوياً وعلى ذلك فان قدرة هذه الدول على تحقيق فائض فى انتاج الحبوب الغذائية ستستمر خلال السنوات القادمة .

ونبين فى الجدول أثر زيادة الانتاج بـ ٢,٢٪ سنوياً على قدرة الدول المتقدمة على التصدير . الميزانية الغذائية للدول المتقدمة سنة ١٩٧٠

	الارقام القياسية للقيمة بالأسعار الثابتة ٦١/٥٩	٧١/٦٠	النسبة المئوية السنوية خلال الستينات
المطلوب من المواد الغذائية	١٠٠	١٢٣	٢,١
الصادرات الغذائية من الدول المتقدمة إلى الدول النامية	١,٦٦	٣,٢+	٧,٢
الصادرات الغذائية من الدول النامية إلى الدول المتقدمة	٢,٠−	٢,٤−	١,٩
الصادرات الغذائية الصافية من الدول المتقدمة إلى الدول النامية	٠,٤−	٠,٨+	—
الانتاج الغذائى	٩٩,٦	١٢٣,٨	٢,٢

ومن هذا الجدول يتضح أنه يكفى أن يزيد الانتاج السنوى ب٢,٢٪ بالنسبة للطلب ٢,١٠٪ حتى تتضاعف قدرة الدول المتقدمة على التصدير للدول النامية ٣,٢٪ مقابل ١,٦٪ .

ولكن إذا استمرت صادرات الدول المتقدمة إلى الدول الاشتراكية على المعدل الذى تحقق فى السنوات الأخيرة فان قدرة الدول المتقدمة على التصدير للدول النامية ستقل كثيراً . ومن هنا يتضح ان الانتاج الزراعى فى الدول الاشتراكية سيلعب دوراً أساسياً فى هيكل السوق الدولية للقمح . فاذا استمر عجز هذه الدول فى الانتاج الزراعى مما يزيد من وارداتهامن الدول المتقدمة فان المتاح للدول النامية سيقل دون أدنى شك .

الخلاصة : ينبغى على الدول النامية حتى تستطيع أن تحقق خططها المتعلقة بالتنمية أن تزيد صادراتها لكى تتمكن من مواجهة وارداتها المتزايدة . وقد قدرت حاجاتها إلى زيادة الواردات بحوالى ٦٪ سنوياً ولكن قدرتها على التصدير لن تزيد الا بمعدل ٣,٥٪ (باستثناء الدول المصدرة للبترول) . وفى هذه الحالة لابد من ايجاد وسيلة لتغطية العجز فى موازين المدفوعات .

ومما تقدم يتضح أن أهم مشكلة تواجه الدول النامية هى مواجهة الطلب المتزايد من الحبوب الغذائية مع عدم قدرتها على زيادة حصيلتها من العملات الأجنبية . ويمكن أن نتصور وسيلتين لعلاج هذه المشكلة . الوسيلة الأولى هى أن تزيد أهمية البيوع الخاصة ، أما فى شكل ثنائى كما هو الحال بالنسبة لقانون ٤٨٠ الإمريكى أو فى شكل جماعى كما هو الحال بالنسبة لبرنامج التغذية العالمى .

أما الوسيلة الثانية فهى تقليل اعتماد الدول النامية على الواردات من الحبوب الغذائية بزيادة انتاجها الزراعى .

وأخيراً فيما يتعلق باتجاهات المخزون من الحبوب الغذائية فقد زاد زيادة كبيرة بالنسبة لأوائل الخمسينات وإذا كان المخزون قد نقص فى السنتين الآخرتين فان ذلك يرجع إلى السياسة المتبعة فى تصريف المخزون والرقابة على الانتاج فى الولايات المتحدة الأمريكية ومع ذلك فلازال المخزون يعتبر مبالغاً فيه بالنسبة لحاجات التجارة العادية .

وكل ما تقدم انما كان يشير إلى زيادة الطلب فى الدول النامية الناجمة من زيادة الدخل . أما إذا بحثنا عن الحاجات الغذائية لهذه الدول فان هذه الحاجات اللازمة من الحبوب تزيد على ما تقدم . ففى دراسة حديثة لمنظمة التغذية والزراعة (١) نشير إلى أنه إذا استمر السكان على الزيادة الحالية فانه ينبغى زيادة الامكانيات الزراعية المتاحة بـ ٣٥٪ فى سنة ١٩٧٥ وذلك لحفظ مستوى التغذية الحالى دون أى تحسن . فاذا أريد فضلا عن ذلك رفع هذا المستوى وتغطية الحاجات اللازمة فانه ينبغى زيادة هذه الامكانيات بـ ٥٠٪ أو حتى بـ ٦٠٪ إذ اخذنا فى الاعتبار المواد الغذائية ذات الأصل الحيوانى .

١٣ - توقعات سنة ١٩٧٥ :

وقد قام خبراء منظمة الأغذية والزراعة بدراسة جديدة للتوقعات المتعلقة سنة ١٩٦٥ للسنوات العشر التالية أى حتى سنة ١٩٧٥ والاختلافات بين هذه الدراسة والدراسة السابقة يرجع إلى التغير الذى طرأ على سوق القمح بين ١٩٦٠ - ١٩٦٥ فقد تغير وضع الحبوب الدولى وبصفة خاصة انخفضت الكميات المخزونة فى جميع البلاد . ويرجع السبب فى النقص من الكميات المخزونة فى السنوات الأخيرة إلى بعض العوامل الطارئة مثل عجز الانتاج فى الاتحاد السوفيتى ونزوله مشترياً من السوق الدولى للقمح . كذلك صدرت فى الولايات المتحدة الأمريكية عدة اجراءات لتقييد انتاج القمح أهمها صدور قانون سنة ١٩٦٥ لتنظيم الزراعة يسمح للمزارعين بالتحول من انتاج القمح إلى أنواع أخرى من المحاصيل فى حدود أوسع مما كان يسمح به التشريع السابق .

وقد اتبع خبراء المنظمة نفس الطريقة التى اتبعت فى التوقيعات السابقة . أى قاموا بوضع فرضين لنمو الدخل القومى أحدهما مخفض والآخر مرتفع وذلك بنفس النسب السابقة .

(1) Troisième enquete mondiale sur l'alimentation, compagne mondiale contre la faim, etude de base no (11) FAO, Rome 1963.

ويتضح من هذه التقديرات أن العالم ككل يتوقع فى عام ١٩٧٥ انتاجاً من القمح قدره ٣٠٢,٨ مليون طن وطلباً قدره ٢٩٣,٢٥ مليون طن أى تحقيق فائض قدره ٩٩ مليون وذلك حسب الفرض المنخفض . وتصبح هذه الأرقام فى حالة الفرض المرتفع ٣١٩,١ مليون طن للانتاج ، ٢٩٥,٦ مليون طن للطلب والفائض ٢٣,٥ مليون طن .

وتوزيع هذه التقديرات بالنسبة للمناطق يؤدى إلى أن :

— الدول النامية تحقق انتاجاً قدره ٥٥,١ مليون طن وطلباً ٧٤,٨ مليون طن بعجز قدره ١٩,٧ مليون طن فى ظل الفرض المنخفض سنة ١٩٧٥ . وينخفض هذا العجز إلى ١٣ مليون طن فى ظل الفرض المرتفع .

الدول المتقدمة تحقق انتاجاً قدره ١٤١,٨ مليون طن وطلباً ١٠٥,٢ مليون طن بفائض قدره ٣٦,٦ مليون طن فى الفرض المنخفض ، ويرتفع الفائض إلى ٣٧,٢ مليون طن فى ظل الفرض المرتفع .

الدول المخططة مركزياً تحقق انتاجاً قدره ١٠٥,٩ مليون وطلباً قدره ١١٣,٢ مليون بعجز قدره ٧,٣ مليون طن للفرض المنخفض . ويقل هذا العجز إلى ٠,٨ مليون طن فى ظل الفرض المرتفع .

ويبين الجدول الآتى هذه التوقيعات

جدول الانتاج وإجمالى الاستهلاك وميزان القمح فى متوسط الفترة من ١٩٦١ — ١٩٦٣ والمتوقع حتى ١٩٧٥ تحت الفروض الأخيرة

بالمليون طن

الاقاليم والبلاد	متوسط الفترة ١٩٦١–١٩٦٢			١٩٧٥					
				الفرض المنخفض			الفرض المرتفع		
	الانتاج	الاستهلاك	التجارة	الانتاج	الطلب	الموازنة	الانتاج	الطلب	الموازنة
البلاد النامية	٣٧,٨	٥٠,٣	١٤,٣	٥٥,١	٧٤,٨	١٩,٧	٦٤,٧	٧٧,٧	١٣,٠
المستورد (أ) تشمل مصدرين أساسيين	٣١,٧	٤٧,٣	١٦,٦	٤٥,١	٧١,٢	٢٦,١	٥٤,٧	٧٣,٩	١٩,٢
أمريكا اللاتينية(ب) تستبعد الاجنتين	٤,١	٨,٧	٤,٧	٥,٧	١٣,٠	٧,٣	٧,٠	١٣,٥	٦,٥
البرازيل	٠,٥	٢,٦	٢,٢	٠,٧	٤,٠	٣,٣	٠,٧	٤,٢	٣,٥
شيلى	١,٢	١,٤	٠,٢	١,٤	١,٩	٠,٥	١,٧	١,٩	٠,٢
أفريقيا	٣,٢	٤,٧	١,٥	٤,٧	٦,٩	٢,٢	٥,٧	٧,٢	١,٥
شمال غرب أفريقيا	٢,٧	٣,٥	٠,٨	٤,١	٥,١	١,١	٤,٨	٥,٢	٠,٤
شرق أفريقيا	٠,٥	٠,٧	٠,٢	٠,٦	١,١	٠,٥	٠,٨	١,٢	٠,٤
الشرق الأدنى	٨,٧	١١,٣	٣,٠	١٢,٥	١٦,٣	٣,٨	١٤,٠	١٦,٦	٢,٦
الجمهورية العربية المتحدة	١,٥	٣,١	١,٨	٢,١	٤,٧	٦,٢	٢,١	٤,٧	٦,٢
الشرق الاقصى ((تستبعد تايلاند	١٥,٧	٢٢,٦	٧,٣	٢٢,٢	٣٥,٠	١٢,٨	٢٨,٠	٣٦,٦	٨,٦
الهند (د) الطلب المقدر يعتمد على متوسط عام ١٩٥٩–١٩٦٠	١١,٣	١٤,٦	٣,٧	١٦,٤	٢٣,١	٦,٧	٢١,٠	٢٤,٢	٣,٢
باكستان	٤,٠	٥,٣	١,٤	٥,٤	٧,٨	٢,٤	٦,٥	٨,٢	١,٧
المصدرين الاساسيين :	٦,١	٣,٠	٢,٤−	١٠,١	٣,٧	٦,٤	١٠,١	٣,٨	٦,٣
الارجنتين	٦,١	٣,٠	٢,٤−	١٠,١	٣,٧	٦,٤−	١٠,١	٣,٨	٦,٣−
البلاد المتقامة	١٠٥,٦	٨٦,٧	١٤,٢	١٤١,٨	١٠٥,٢	٣٦,٦−	١٤١,٨	١٠٤,٦	٣٧,٢−
المستوردة تشمل مصدرين أساسيين آخرين E. E. C.	٥١,٠	٦٣,٦	١٢,٥	٦٨,٢	٧٥,٢	٧,٠	٦٨,٢	٧٤,٣	٦,١
المملكة المتحدة	٢٥,٨	٢٧,٠	١,٢	٣٥,٠	٣٢,٣	٢,٧٠	٣٥,٠	٣٢,٠	٣,٠−
بلاد أوربية أخرى	٣,١	٧,٦	٤,٤	٥,٤	٨,٣	٢,٩	٥,٤	٨,٣	٢,٩
جنوب أوربا	٣,٢	٤,٢	١,٠	٣,٥	٤,٥	١,٠	٣,٥	٤,٤	٠,٩
اليابان	١٧,٣	٢٠,١	٣,٠	٢٢,٨	٢٣,٥	٠,٧	٢٢,٨	٢٢,٧	٠,١−
المصدرين الاساسيين	١,٤	٤,٣	٣,٠	١,١	٦,١	٥,٠	١,١	٦,٤	٥,٣
الولايات المتحدة الأمريكية	٥٤,٦	٢٣,١	٣٦,٩−	٧٣,٦	٣٠,٠	٤٣,٦−	٧٣,٦	٣٠,٣	٤٣,٣−
كندا	٣١,٥	١٦,١	١٩,٨−	٤٤,٧	٢١,٢	٢٣,٥−	٤٤,٧	٢١,٤	٥٣‘٣−
استراليا	١٤,٣	٤,٠	١١,٣−	١٧,٦	٤,٩	١٢,٧−	١٧,٦	٥,٠	١٢,٦−
جنوب أفريقيا	٨,٠	٢,٠	٦,٠−	١٠,٢	٢,٥	٧,٧−	١٠,٢	٢,٥	٧,٧−
للاد التخطيط المركزى	٠,٨	١,٠	٠,٢	١,١	١,٤	٠,٣	١,١	١,٤	٠,٣
روسيا	٨٣,٣	٩١,٨	٩,٣	١٠٥,٩	١١٣,٢	٧,٣	١١٢,٥	١١٣,٣	٠,٨
شرق أورروبا	٥٠,٠	٤٩,٢	٠,٨−	٥٩,٦	٥٧,٥	٢,١−	٦٤,٤	٥٦,١	٨,٣−
الصين الشعبية (تشمل منغوليا وكوريا	١٣,٦	١٨,١	٥,١	١٦,٠	٢٠,٣	٤,٣	١٦,٣	٢٠,٣	٤,٠
وفيتنام الشمالية	١٩,٧	٢٤,٥	٥,٠	٣٠,٣	٣٥,٤	٥,١	٣١,٨	٣٦,٩	٥,١
أجمالى العالم	٢٢٦,٧	٢٢٨,٨	٠,٧	٣٠٢,٨	٢٩٣,٣	٩,٦−	٣١٩,١	٢٩٥,٦	٢٢,٥−

أرقام التجارة لاتساوى الفرق بين الانتاج والاستهلاك بسبب تغيرات المخزون.

تقرير مقـــدم إلى
ندوة العقوبة والتدابير الاحترازية

من الدكتور رمسيس بهنام
أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائى بجامعة الاسكندرية

العقوبة والتدابير الاحترازية :

١ — إن الوقوف على معنى اصطلاح ما ، لا يتأتى بدون رجوع إلى المصدر التاريخى لهذا الاصطلاح ، والظروف التى نشأت فيها الحاجة إلى استخدامه وإلى الاستفادة من الفكرة المعبر عنها فيه .

وإذا كانت العقوبة قديمة قدم الإنسانية ، فإن التدبير الاحترازى حديث العهد بالميلاد ولا يزال فى الطريق إلى اكتمال النمو .

ذلك لأن مقابلة الأذى بمثله أو بأشد منه ، ميل فطرى نشأ بنشأة الانسان ، وكانت العقوبة صورته العملية ، حتى أنها كانت تصيب أى مصدر للأذى إنساناً كان أو حيواناً أو جماداً .

ولقد ظلت العقوبة على مدى الأجيال تلعب دور الانتقام من الجانى ، حتى أنها بلغت فى القرن الثامن عشر درجة قصوى من القسوة والشراسة جعلت أئمة الفكر فى عصر النور ينبرون لمهاجمتها والكفاح ضد فظاعتها .

فكانت الأشغال الشاقة تنفذ فى لومبارديا بإيطاليا فى صورة الإلقاء بالمحكوم عليهم فى مراكب جمهورية البندقية ، وكانوا يلقون حتفهم فى قاع المراكب دون أن يعلم أحد سرهم .

وكان الإعدام ينفذ فى فرنسا بطريق الحرق أو تكسير الضلوع على عجلة دائرة ، وعرف الفرنسيون عقوبة انتقدها مونتسكيو فى كتابه عن روح القوانين ، كانت تنفذ بإيقاف المحكوم عليه مثبت الجسم على عامود ، بينما

تطبق حول رقبته حلقة متصلة بالعامود ذاته ، فى سبيل تعريضه لسخرية وأنظار الجمهور .

ويرجع الفضل فى إعلان الحرب على وحشية العقوبات ، إلى الأستاذ الإيطالى بيكاريا وإلى الكتاب الذى أصدره فى سنة ١٧٦٤ بعنوان « الجرائم والعقوبات » ، فقد كان هذا الكتاب صيحة مدوية فى التاريخ استجابت لها كافة الشعوب والقوانين ، ونورد فيما يلى بعض عباراته :

فقد جاء فى البند ١٥ من الكتاب ما يأتى :

« ليس الهدف من العقوبات التمثيل والتنكيل بكائن حساس ، ولا أن تزال الجريمة وقد صارت أمراً واقعاً ... أيمكن لصرخات شقى أن تعيد إلى الذهن صورة أفعال سبق اقترافها فى زمن مضى ولا يمكن أن يعود ؟ .

إنما الهدف هو منع المجرم من إحداث أضرار جديدة بمواطنيه والمباعدة بين الآخرين وبين إحداث مثل هذه الاضرار ... ومن ذا الذى يقرأ أحداث التاريخ دون أن يستبشع التعذيبات البربرية العقيمة التى ابتدعها ونفذها رجال يقال عنهم إنهم أهل علم ؟

يكفى لكى يكون للعقوبة أثرها ، أن يكون الأذى الكامن فى العقوبة متجاوزاً النفع الناتج من الجريمة ، وأن يكون هذا القدر من التجاوز ، حين يحسب حسابه ، دافعاً إلى استحالة قبول العقوبة ، والرضاء بدلا منها بفقدان النفع الذى كان من شأن الجريمة أن تنتجه ، وكل ما يزيد فى العقوبة على ذلك ، يعتبر من النوافل ويعد بالتالى من قبيل الاستبداد ..

وكلما زادت التعذيبات شراسة ، فإن النفوس البشرية ، وهى تشبه السوائل فى بلوغها دائماً مستوى الأشياء المحيطة بها ، تألف تلك التعذيبات وتعتاد عليها ؛ وإن ما للعواطف من قوة مشبوبة دائماً ، يؤدى بعد مائة عام

من تعذيبات شرسة إلى كون عجلة التعذيب لا تثير من الذعر أكثر مما كان يثيره قبلها أسر السجن ...

وهناك نتيجتان أخريان وخيمتان تنشآن من شراسة العقوبات المتعارضة مع الهدف المنشود ، وهو بالذات الوقاية من الجرائم . النتيجة الأولى أنه ليس من السهولة بمكان حفظ التناسب الجوهرى بين الجريمة وبين العقوبة ، ذلك لأنه وإن كان التفنن في الشراسة قد تمخض عن أنواع كثيرة من العقوبات ، إلا أن هذه الأنواع لا يمكن أن تتعدى القوة القصوى التى تقف عندها التشكيلات والإمكانيات البشرية . وببلوغ هذا الحد الأقصى ، لا تتبقى بعدئذ للجرائم الأكثر إضراراً وفتكاً ، عقوبة على درجة أشد من الجسامة ، تواجه هذه الجرائم فى سبيل الوقاية منها .

والنتيجة الأخرى أن فظاظة العقوبات ينتج منها انعدام القوة الرادعة للعقوبة . ذلك لأن الناس محصورون بين قيود معينة سواء فى الخير أوفى الشر ، وإن منظراً غاية فى الفظاعة بالنسبة للبشرية ، لا يمكن إلا أن يكون نزوة هياج عارضة ، ولن يكون بحال ما نظاماً مستقراً من قبيل ذلك الذى يجب أن تكون عليه القوانين ؛ وإن القوانين الشرسة حقاً ، مآلها هو إما أن تعدل وإما أن ينتج منها حتما فقدان كل قوة رادعة» .

تلك هى عبارات الأستاذ بيكاريا ، وهى على وضوح لا حاجة بعده إلى مزيد من الإيضاح .

ويستخلص من تلك العبارات ، أن اشتغال العقوبة بالتكفير عن جرم مضى ، يصرفها عن الغاية المنشودة منها وهى التوقى من جرم مستقبل .

وكانت هذه الفكرة بمثابة ومضة فكرية تحولت إلى ضوء وهاج فى المذهب الواقعى الذى صاغته المدرسة الوضعية الإيطالية بزعامة الأستاذ انريكو فرى .

فبعد أن أفصح بيكاريا عن تلك الفكرة بشأن الغاية من العقوبة ، ووجه النظر كذلك إلى أن الوقاية من الجرائم خير من العقاب عليها (البند ٦١ من الكتاب) ، وإلى أن العقوبة على جريمة ما ، لا يمكن وصفها بأنها عادلة (أى ضرورية) إلا بعد أن يكون القانون قد استخدم أفضل وسيلة ممكنة بحسب ظروف الشعب فى سبيل الوقاية من هذه الجريمة (البند ٣٦ من الكتاب) جاء إنريكو فرى وبلور كل ذلك فى نظريته الشهيرة حول جبرية السلوك الإجرامى ، والهدف الواجب أن يتجه اليه الجزاء على هذا السلوك .

فقد نادى إنريكو فرى بأن المجرم مسير غير مخير ، وبأن الجريمة فعل كان من المحتم أن يقع مثله من شخص بمثل طباع فاعله وفى مثل ظروف هذا الفاعل ، كونية كانت هذه الظروف أم اجتماعية . فالجريمة فى نظره وليدة التفاعل بين عوامل ثلاثة أحدها عامل عضوى هو طباع ذاتية لدى المجرم لم يكن له يد فى إيجادها بنفسه ، والآخران عامل كونى مادى وعامل اجتماعى روحى ، تفاعل معهما عامل الطبع ، فكان أن نتجت الجريمة من هذا التفاعل لكونها ثمرته الطبيعية الحتمية . ولأن الارادة ليست فحسب مقدمة لنتائج وإنما هى فى ذاتها نتيجة لمقدمات .

وبذا طرح إنريكو فرى من بين أهداف العقوبة هدف التكفير عن ذنب إذ قال بأن الجريمة لا ذنب فيها للمجرم وإنما الذنب فيها راجع إلى طباع لم يكن للمجرم يد فى إيجادها بنفسيته ، وإلى ظروف لم يكن له يد فى تهيئتها بالمحيط المؤثر عليه ، مادياً كان هذا المحيط أم روحانياً .

وأحل انريكو فرى محل التكفير كهدف للعقوبة ، هدفاً آخر هو دفاع المجتمع عن نفسه ضد خطر تكرار الجريمة مستقبلا سواء من ذات فاعلها أم من شخص آخر غيره .

وليس الجزاء الجنائى فى رأيه أداة لمسؤولية أدبية ووسيلة لإقامة العدالة بين الجانى والمجنى عليه ، بقدر ما هو أداة مسؤولية قانونية ووسيلة لتحقيق الدفاع الاجتماعى ضد الإجرام .

وكان طبيعياً فى منطق تغيير الهدف من العقوبة وجعله الدفاع ضد جريمة ستحدث بدلا من التكفير عن جريمة حدثت ، أن يقترح إنريكو فرى فى سبيل الهدف الدفاعى أساليب جديدة للتوقى من الجريمة المستقبلة ، تضاف إلى الأساليب التقليدية المعروفة من قديم باسم العقوبات ، وهذه الأساليب الجديدة سميت « بالتدابير الواقية » لكون مناسبة اقتراحها هى المناداة بأن الهدف من العقاب هو التوقى ضد جرم مستقبل لا التكفير عن جرم ماض ؛ ويستوى فى ترجمة الأصل الإيطالى للتعبير أن تستخدم عبارة التدابير الواقية أو أن تستخدم عبارة التدابير الاحترازية (وهى عبارة القانون السورى) لأن التوقى احتراز ، ولأن الاحتراز توق .

ومن قبيل التدابير الواقية التى نادت بها المدرسة الوضعية الإيداع فى مستشفى أو مصحة علاجية بالنسبة للمجانين والمدمنين ، أو فى مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل بالنسبة للمجرمين المعتادين أو المحترفين ، أو فى دار للتشغيل بالنسبة للمتشردين والمتسولين أو فى إصلاحية بالنسبة لصغار المجرمين .. الخ .

وعلى أثر ظهور كتاب إنريكو فرى فى علم الاجتماع الجنائى سنة ١٨٨١ متضمناً تلك الأفكار ، سارعت بلاد العالم إلى إصدار قوانين خاصة ومشروعات بقوانين تنص على التدابير الوقائية الواجب اتخاذها مع طوائف خاصة من المجرمين .

ولقد عهد إلى الأستاذ إنريكو فرى نفسه بوضع مشروع قانون جديد للعقوبات فى إيطاليا فوضع الكتاب الأول من هذا المشروع سنة ١٩٢١ مضمناً إياه الأحكام العامة لقانون العقوبات . وترتب على قيام الحكم الفاشى فى إيطاليا أن تعذر إكمال هذا المشروع ولم يقدر له أن يصبح قانوناً .

ويسترعى النظر فى ذلك المشروع أنه أخذ بمذهب المدرسة الوضعية فى أن الهدف من العقوبة ليس التكفير عن خطيئة أدبية للمجرم — وقد نفتها

هذه المدرسة كما تقدم القول — وإنما الدفاع عن المجتمع ضد تكرار الجريمة وتفشى موجتها مستقبلا .

وعبر المشروع عن هذا المعنى صراحة فى الصحيفة ١٤ من مذكرته الإيضاحية . بل ذهب المشروع إلى أبعد من ذلك حين خلط بين العقوبات التقليدية القديمة وبين التدابير الوقائية الجديدة فلم يميز بين هذه وتلك ، وإنما أدرجها كلها سوياً تحت عنوان مشترك هو «الجزاءات» ، تاركاً للقاضى أن يختار لكل مجرم الجزاء المناسب له من بينها على هدى ما كان مزمعاً تقريره فى القسم الخاص . وجاء فى الصحيفة ١٥ ، ١٦ من المذكرة الإيضاحية للمشروع أنه ما دامت جبرية السلوك الإجرامى تنفى كل خطيئة أدبية لدى صاحب هذا السلوك ، فإن العقوبة تفقد معنى التكفير لتهدف إلى غاية جديدة هى التوقى من جرم جديد ، وبالتالى يختلط الأمر بينها وبين التدبير الوقائى فى مجال هذه الغاية المشتركة ، ولا يبقى ثمة داع للتمييز بينهما . وجاء فى الصحيفة ٨٦ من المذكرة ذاتها ، أن لفظ الجزاء خير من لفظ العقاب ، لأنه يعبر عن مجرد رد فعل تقابل به الدولة فعل المجرم .

على أن قانون العقوبات الحالى فى إيطاليا وقد صدر سنة ١٩٣٠ ، استبقى التفرقة بين العقوبة والتدبير الوقائى ، مخالفاً بذلك مشروع فرى ، وأفرد للتدابير الوقائية الباب الثامن من الكتاب الأول وقسمها إلى تدابير شخصية مقيدة للحرية هى التسليم إلى مستعمرة زراعية أومنشأة للعمل والإيداع فى مصحة والإيداع فى مستشفى الأمراض العقلية الإجرامية ، والإيداع فى إصلاحية ، وإلى تدابير شخصية غير مقيدة للحرية هى الرقابة على الحرية وحظر الإقامة وحظر ارتياد الحانات وإبعاد الأجنبى ، وإلى تدابير عينية هى كفالة حسن السلوك والمصادرة . أما العقوبات فهى الشغل الشاق والسجن والغرامة (والحجز فى المخالفات) .

ولقد جاء فى التقرير الذى رفع به القانون إلى رئيس الدولة أن الغرض من القانون هو دفاع المجتمع عن نفسه ضد الإجرام كظاهرة هدامة لكيانه

وبقائه ، وهو ما حددته المدرسة الوضعية كهدف للجزاء ، إلا أنه ورد فى التقرير ذاته أن مشكلة الخيار أو الجبرية فى السلوك الإنسانى من المشاكل الفلسفية غير القابلة للحل والواجب أن تظل بمنأى عن القانون الجنائى .

وإن ما نادت به المدرسة الوضعية من الاتجاه بالجزاء الجنائى إلى الدفاع الاجتماعى ضد الإجرام ، قد صار أمراً مستقراً فى مفهوم هذا الجزاء على النطاق العالمى ، حتى أن الأمم المتحدة أطلقت شعار الدفاع الاجتماعى على قسمها المختص بمكافحة الجريمة .

ونشأت منذ سنة ١٩٤٥ مدرسة إيطالية جديدة يتزعمها الأستاذ جراماتيكا ويسميها هى الأخرى بمذهب الدفاع الاجتماعى . غير أن هذه المدرسة فى سبيل توجيه الانتباه إلى شخص الفاعل ، تنادى بإلغاء الاصطلاحات التقليدية الراجعة الى انحصار القانون الجنائى فى مادة الفعل، وهى اصطلاحات الجريمة والعقاب والمجرم ، وترى الاستعاضة عن لفظ الجريمة بعبارة العصيان الاجتماعى ، وعن لفظ العقوبات بعبارة تدابير الدفاع الاجتماعى ، وعن لفظ المجرم بعبارة العاصى للنظام الاجتماعى ، وعن تسمية القانون الجنائى نفسه باسم آخر هو قانون الدفاع الاجتماعى .

ومع التسليم بأن الهدف من الجزاء الجنائى هو الدفاع الاجتماعى ضد تكرار الجريمة من ذات فاعلها ، وذلك بأسلوب كفيل بإصلاح هذا الفاعل ومنتج فى الوقت ذاته وفى المكان الثانى أثرا زاجراً للآخرين ، فإننا لا نرى داعياً للذهاب إلى مدى أبعد ، وإلغاء اصطلاحات القانون الجنائى والجريمة والمجرم والعقاب ، لأن هذا الإلغاء ليس بالضرورة لازماً فى سبيل أن يبلغ الجزاء الجنائى الهدف المنشود منه وهو العناية بشخص الجانى فى سبيل إصلاحه بالأسلوب الناجع والمناسب له .

ولما كان الفعل المنصوص على جزائه فى قانون العقوبات يبلغ من الجسامة المادية حداً يدمغه بطابع خاص يميزه عن الأفعال التى تعالجها القوانين الأخرى والتى لا يعبأ بها هذا القانون ، وكان هذا القدر الأشد من الجسامة الكامنة

فيه ، يقابله قدر أكبر من الاستهجان الخلقى والتعارض مع نظام المجتمع ، فإنه فى سبيل الإفصاح عن ذلك وعما فى الفعل ذاته من مغزى خاص يجرده من أى اعتبار اجتماعى ، لا يوجد بد من وصف الفعل بأنه جريمة ، ونعت فاعله بأنه مجرم .

والذى يعنينا فى هذا المقام ، هو التمييز بين العقوبة والتدبير الوقائى . ذلك لأن التمييز بينهما له ضرورته ، حتى إذا اندمجا سوياً تحت عنوان مشترك هو عنوان الجزاءات أو التدابير .

وكل ما يمكن استخلاصه فى صدد التفرقة بينهما ، هو أن نقطة البداية التاريخية لكل منهما لم تكن واحدة . فقد كانت نقطة البداية فى العقوبة هى التكفير عن جرم حدث ، فى حين أن نقطة البداية فى التدبير الوقائى كانت منذ نشأته التوقى من جرم يحتمل أن يحدث مستقبلا .

ورغم اختلاف الجزاءين فى نقطة البداية تاريخياً ، أصبح يوجد بينهما اتفاق فى النهاية التى وصلا إليها عصرياً ، إذ صار يجمعهما هدف مشترك هو الحيلولة دون وقوع إجرام جديد من ذات الشخص الذى أجرم .

وفوق ذلك ، يشترط لتوقيع كل منهما ذات الشرط ، وهو الخطورة الإجرامية للجانى ، بحيث إذا انتفت هذه الخطورة عند النطق بالحكم يستغنى عن العقاب ويتقرر وقف التنفيذ أو العفو القضائى ، كما يغض النظر عن التدبير الوقائى فى صورة الرقابة على الحرية مثلا .

ومن المعلوم أن الخطورة الإجرامية معناها احتمال وقوع جريمة جديدة من ذات الجانى مستقبلا .

ومتى اتضح اشتراك العقوبة والتدبير الوقائى من حيث الهدف ، ومن حيث كون الخطورة الإجرامية شرطاً لتوقيع كل منهما ، لا يبقى ثمة سبيل للتفرقة بينهما ، غير التأمل فى الطبيعة الذاتية لكل منهما وفى الأسلوب الذى يجرى عليه تنفيذ كليهما ، حتى يظهر الفرق بينهما ، ويمكن على ضوء

هذا الفرق تبيان ما يترتب عليه من آثار تبدو فى الأحكام القانونية المنظمة لهما .

والتفرقة لازمة لا بين التدبير الوقائى وبين العقوبة عموماً فحسب ، وإنما بينه وبين العقوبة الفرعية كذلك وعلى وجه خاص .

كما أنه يتعين التمييز أيضاً بين التدبير الوقائى وبين التدبير البوليسى والجزاء التنفيذى عموماً .

وفيما يلى نبين اجتهادنا فى هذه المشكلة المتشعبة .

٢ — إن التعريف بالعقوبة أو بالتدبير الوقائى لا يوجد عملا فى نص خاص ، ولا يضع القانون عادة مثل هذا التعريف ، وإنما الطبيعى أن يتركه إلى الاجتهاد الفقهى .

ومن يستعرض مختلف العقوبات والتدابير الاحترازية ، ويعمل النظر فى أسلوب تنفيذ كل منها عملا ، يلمس بين هذين النوعين من الجزاءات فرقاً واضحاً ، هو الذى يمكن الاستناد إليه فى سبيل إيضاح جوهر كل منهما واستنباط الأحكام التى تتناسب مع طبيعة كليهما .

ولا مرية فى أن كلا من العقوبة والتدبير الواقى ، إنتقاص من حقوق المحكوم عليه ، يهبط بمنزلته فى تقدير القانون والمجتمع ، عن تلك التى يحتلها المواطن العادى ، ويرجع إلى كونه قد أثبت بالجريمة التى اقترفها ، أنه على خلاف هذا المواطن ، قد أساء العمل بتلك الحقوق فصار غير جدير بالاستخدام الكامل لها . ومن قبيل ذلك الانتقاص تقييد حق المحكوم عليه فى حرية الحركة والتنقل .

وما دام الانتقاص من حق المحكوم عليه خصيصة مشتركة بين العقوبة وبين التدبير الوقائى ، فلا يبقى فى سبيل التمييز بينهما على أساس أسلوب تنفيذ كل منهما ، سوى القول بأنه بينما ذلك الانتقاص يتمثل فى العقوبة على صورة إدخال الألم على نفسية المحكوم عليه ، فإنه فى التدبير الوقائى

يتخذ على العكس صورة إخضاع المحكوم عليه لعلاج طبي أو نفسى أو لقيد تحفظى .

العقوبة إذن جزاء جنائى يتميز أسلوب تنفيذه بإدخال الألم على نفسية المحكوم عليه ، فى حين أن التدبير الوقائى جزاء جنائى يجرى تطبيقه عملا بإخضاع المحكوم عليه لتطبيب جثمانى أو نفسانى أو لمحض إجراء تحفظى .

وكلا الجزاءين — كما قلنا — يهدف إلى التوقى من جرم مستقبل . غير أن هذا التوقى يكون فى العقوبة بإدخال الألم على نفسية المحكوم عليه ، لكون هذا الألم يحمله على أن يخلو إلى نفسه ويراجعها ويخطئها فلا تسول له مثل جرمه مرة أخرى حتى لا يتعرض بسببه للألم ذاته من جديد . وكثيرة هى النفوس القابلة للانصلاح بالألم .

أما التدبير الوقائى ، فطريقته فى التوقى من الجرم المستقبل ، هى إخضاع المحكوم عليه لطب جثمانى أو نفسانى أو لتحفظ فى سبيل الحيلولة دون عوده من جديد إلى الجريمة .

وبينما الألم النفسى هو المسحة الغالبة على العقوبة ، فإن الرفق العلاجى هو المسحة الغالبة على التدبير الوقائى .

ولا يخلو الجزاءان من ألم نفسى مرتبط فى القليل بما يحتمل أن يكون فى كليهما من تقييد للحرية . فالألم النفسى المصاحب للإيداع فى السجن ، وهو عقوبة ، يوجد له مثيل ، ولو بقدر أقل ، فى إيداع المدمن بمصحة علاجية ، وهو تدبير وقائى .

كما لا يخلو الجزاءان من رفق علاجى . فعلاج السجين بدنا ونفساً عنصر قائم بل ضرورى فى العقوبة ، وليس وقفاً على التدبير الوقائى .

ولذلك فإن فيصل التفرقة بين الجزاءين هو فى نسبة الألم النفسى بالقياس إلى نسبة الرفق العلاجى أو الحذر التحفظى . فحيث تكون نسبة هذا الألم

طاغية ، اعتبر الجزاء عقوبة ، وحيث لا تطغى هذه النسبة ، اعتبر الجزاء تدبيراً وقائيا .

ولا أدل على طغيان نسبة الألم النفسى فى العقوبة ، من أن المحكوم عليه بالسجن أو بالحبس مثلا ، يخضع لمعاملة صارمة ، وإن كانت مجردة من الوحشية بفضل ما نادى به بيكاريا . وتبدو هذه الصرامة فى الحبس الانفرادى مثلا أو فى الجلد ، كجزاء تأديبى على عصيان قيود الحياة فى السجن . ولا نظير لمثل هذه المعاملة فى التدبير الوقائى مهما كان سلوك المحكوم عليه بهذا التدبير .

وطغيان نسبة الإيلام ، أمر يميز العقوبة عموماً أصلية كانت أم فرعية .

فكما يندرج الإعدام والشغل الشاق والسجن والحبس والغرامة فى عداد العقوبات ، وذلك بوصف العقوبات الأصلية ، يدخل كذلك فى نطاق العقوبات الحرمان من الحقوق والمزايا ، والعزل ، والحرمان من مزاولة المهنة ، وسحب الترخيص وذلك بوصف العقوبات الفرعية . والواقع أنه إذا كان العزل فصلا من مهنة عامة ، فإن الحرمان من مزاولة المهنة أو سحب الترخيص يعد فصلا من مهنة خاصة . وفى كل هذه العقوبات الفرعية ، يبدو واضحاً كذلك أن نسبة الألم النفسى طاغية فى طبيعة الجزاء على نسبة أى عنصر آخر (١) .

وإن القول بطغيان نسبة الألم فى جزاء ما ليست العبرة فيه بالتصور الشخصى للمحكوم عليه بالجزاء ، وإنما بالحقيقة الموضوعية أى بتقدير القانون والرجل العادى .

---

(١) أما نشر الحكم فتارة يكون عقوبة تبعية إذا كان القصد منه إيلام نفسية المحكوم عليه تأديبا لها ، كما إذا قضى به فى جريمة اقتصادية ، وتارة يكون تعويضاً من الألم النفسى الذى أصاب المجنى عليه فى الجريمة أى جزاءا مدنياً مقضيا به فى الحكم الجنائى بالتبعية للجزاء الجنائى ، كما فى جريمة كالقذف أو السب العلنى بوسيلة من وسائل النشر .

وحيث لا يكون عنصر الألم النفسى طاغياً فى طبيعة الجزاء وجوهره ، لا يوصف الجزاء بأنه عقوبة ، ولا يمكن أن يصدق عليه حتى وصف العقوبة الفرعية ، وإنما ينطبق عليه وصف التدبير الوقائى .

وينبنى على ذلك أنه يعتبر من التدابير الوقائية ، لا من العقوبات أصلية كانت أم فرعية ، الإيداع فى مأوى علاجى أو فى مستعمرة زراعية أو فى مؤسسة أو فى إصلاحية ، وحظر الإقامة وإبعاد الأجنبى ، وإسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة أو الوكالة ، وإغلاق المحل ، والمصادرة ، وتعطيل الجريدة ، والمراقبة ، والاختبار القضائى ، وحظر ارتياد الحانات ، ورعاية المفرج عنه من السجن ، وكفالة حسن السلوك (وقد سماها مشروع اللجنة الأصلية لإصلاح قانون العقوبات ، بالكفالة الاحتياطية) .

على أنه مع التسليم بأن كل تلك الجزاءات تدابير واقية لا عقوبات ، لكون نسبة الألم النفسى فيها غير طاغية ، ولكون ما يغلب عليها هو نسبة الطب العلاجى أو نسبة الحذر التحفظى ، الا أنه بإعمال النظر فيها ، يتبين أنها ليست متطابقة فيما بينها من ناحية قدر ما فيها من الألم النفسى ، وإن لم يكن هذا الألم فى طبيعتها غالباً .

فتدبير كالإيداع فى مأوى علاجى أو مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل أو إصلاحية وكالاختبار القضائى ، ليس فيه من الألم النفسى مثل ما يوجد على العكس ، فى حظر الإقامة ، وإبعاد الأجنبى ، وإسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة أو الوكالة ، والإغلاق ، والمصادرة ، وتعطيل الجريدة ، والمراقبة وحظر ارتياد الحانات ، وكفالة حسن السلوك ، ورعاية المفرج عنه .

ولذلك فإنه تلزم التفرقة فى نطاق التدابير الواقية ذاتها ، بين نوع تطغى فيه نسبة العلاج أو التحفظ على نسبة الألم ، وبين نوع آخر تغلب فيه بدرجة أقل نسبة العلاج أو التحفظ بسبب كون نسبة الألم تكاد تتساوى معها وإن كانت على كل حال لا تطغى عليها .

ونرى تسمية النوع الأول بالتدبير الواقى العلاجى (والغالب أن يكون مقيداً للحرية) ووصف النوع الثانى بالتدبير الواقى التحفظى .

وستظهر الأهمية العملية لهذه التفرقة ، والآثار القانونية التى يمكن أن تترتب عليها .

بقى أن نفرق بين التدبير الوقائى وبين التدبير البوليسى كنوع من الجزاء التنفيذى .

فالتدبير الوقائى كجزاء جنائى ، ينتمى إلى ذلك النوع من الجزاء المسمى بالجزاء التأديبى ، شأنه فى ذلك شأن العقوبة ، بمعنى أنه يتخذ لذاته من النفسية وجهة ومقصداً ، كى يصقلها ويقومها أو بعبارة أخرى ليؤدبها حائلا بذلك دون أن تكون مصدراً لجرم جديد .

أما التدبير البوليسى ، فإنه كجزاء إدارى ، ينتمى إلى ذلك النوع من الجزاء المسمى بالجزاء التنفيذى ، شأنه فى ذلك شأن الجزاء المدنى ، بمعنى أنه يتخذ لذاته من الوضع المادى الكونى للأمور وجهة ومقصداً ، كى يعيد هذا الوضع إلى ما كان عليه ، أو إلى مثل ما كان عليه ، قبل صدور السلوك المخالف للقاعدة القانونية ، كما لو كان ذلك السلوك لم يتخذ ، وكما لو كانت هذه المخالفة لم ترتكب ، فيرد بذلك على صاحب السلوك غيه ويفوت عليه غرضه .

ويختلف التدبير البوليسى كجزاء إدارى عن الجزاء الإدارى التأديبى (مثل الإنذار أو الخصم من المرتب أو الغرامة الإدارية) ، من ناحية كونه — كما قلنا — جزاءاً تنفيذياً — لا جزاءاً تأديبياً .

فهو محض تنفيذ لمقتضى القاعدة الإدارية القانونية المعروفة بالقاعدة البوليسية ، والقاضية على المواطن بألا ينشىء بسلوكه أى خطر منذر بالضرر أيا كان الزمان أو المكان أو المجال الذى يباشر فيه نشاط حياته وأيا كانت صورة هذا النشاط .

وإذا ما خولفت تلك القاعدة البوليسية ، بأن أنشأ المواطن خطراً ، تدخل التدبير البوليسى لإزالة هذا الخطر ، منعاً من تحوله إلى ضرر ، ولإعادة الأمور إلى ما كانت عليه مجردة من الخطر .

ومتى خولفت القاعدة ذاتها ، بأن أحدث المواطن بالفعل ضرراً ، يتدخل التدبير البوليسى لمواجهة هذا الضرر من حيث كونه خطراً منذراً بتجدد فى الضرر ذاته واستطالة له فى الزمن ، فيضع للضرر حداً قاضيا بذلك على خطر امتداده واستمراره .

وواضح أن هذا ليس تأديباً متجهاً إلى النفسية ، وإنما هو تنفيذ جبرى لقاعدة قانونية بوليسية تملى على المواطن واجب العمل على ألا يكون سلوكه الشخصى مصدر خطر منذر بالضرر .

وبينما التدبير البوليسى تنفيذ جبرى لقاعدة قانونية بوليسية تفرض عدم التسبب فى إيجاد الخطر ، فإن الجزاء المدنى تنفيذ جبرى لقاعدة قانونية مدنية تفرض عدم التسبب فى إيجاد الضرر . فبحدوث الضرر ، يتدخل الجزاء المدنى لإزالته تنفيذاً لمقتضى القاعدة القانونية فيعيد مادة الأمور إلى ما كانت أو إلى مثل ما كانت عليه قبل أن يقع الضرر .

فكل من التدبير البوليسى والجزاء المدنى ، ليس جزاءا تأديبياً مثل التدبير الوقائى أو العقوبة ، لأنهما لا يجعلان من نفسية الفاعل وجهة لهما وان كانت هذه النفسية عملا تتأثر بهما ، وإنما يتجهان إلى الوضع المادى للأمور لإزالة ما حدث فيه مخالفاً للقانون ، بأن يزيل التدبير البوليسى ما قام من خطر ، ويرفع الجزاء المدنى ما حدث من ضرر .

أما الجزاء الإدارى التأديبى الذى سلفت الإشارة إليه ، فإنه يتجه إلى النفسية لا إلى واقع الأمر المادى . وإن كان يختلف عن التدبير البوليسى فى أنه جزاء تأديبى وليس تنفيذياً ، إلا أنه يتفق مع هذا التدبير ، من ناحية أنه عمل إدارى ، أى إجراء تقترحه وتطبقه فى آن واحد السلطة الإدارية .

وليس الأمر كذلك فى التدبير الواقى أو العقوبة ، لأن ما تملكه السلطة الإدارية فى صددهما هو مجرد الاقتراح ، وأما التطبيق أو التوقيع ، فهو من شؤون القضاء الجنائى وحده .

ففى التدبير البوليسى وفى الجزاء الإدارى التأديبى ، تكون السلطة الإدارية خصما وحكماً فى الوقت ذاته ، أما فى التدبير الوقائى أو فى العقوبة وكلاهما جزاء تأديبى جنائى ، فتكون السلطة الإدارية خصما فحسب ، وأما الحكم فيكون القاضى الجنائى .

وليس بلازم فى التدبير البوليسى كجزاء تنفيذى ، يعمل القاعدة البوليسية القاضية بعدم إيجاد حالة خطر ، أن تتخذه سلطة البوليس وحدها أى أحد رجال أو ضباط الشرطة كهيئة نظامية عسكرية . فقد يؤدى وظيفة البوليس من هو من غير رجال البوليس ، وذلك فى نطاق محدود لا يتعدى المجال الخاص بوظيفة معينة ، كما تصنع هيئة المحكمة حين تحبس أو تغرم من يشوش على نظام الجلسة ، وتزيل بذلك حالة خطر أوجده محدث التشويش وهو خطر المساس بهيبة القضاء وعرقلة حسن سير العدالة . فهذا النوع من الحبس أو الغرامة لا يعتبر جزاءاً جنائياً وإنما هو تدبير بوليسى تتخذه المحكمة بنفسها وتباشر به اختصاصها الإدارى لا اختصاصها القضائى ، وتكون فيه خصما وحكماً فى آن واحد .

ويستوى فى التدبير البوليسى أن يكون الخطر الذى يزيله هذا التدبير منذراً بضرر اجتماعى بحت أم بضرر اجتماعى إجرامى . وبعبارة أخرى سيان فى الخطر الذى يرفعه التدبير البوليسى ، أن يكون الضرر المخوف منه أذى اجتماعياً صرفاً ، أو جريمة بالمعنى المفهوم فى قانون العقوبات . ففى الحالة الأولى يقال إن التدبير البوليسى أزال خطورة اجتماعية (كما فى اتخاذ اللازم للحيلولة دون غرق أو لإطفاء حريق أو لمنع انتشار وباء أو للقبض على أسد هارب من حديقة الحيوان)، وفى الحالة الثانية يقال إن التدبير البوليسى أزال خطورة إجرامية (كما فى تبديد هياج أو فتنة أو فض تجمهر خطر على الأمن

العام ، أو القيام بدوريات تحول دون وقوع سرقات أو جرائم ، أو تفريق المشاجرات والمشادات أو إجراء المصالحات أو الرقابة على المشبوهين والمتشردين .. الخ) .

على أن علاج التدبير البوليسى لا يكتمل بدون إيضاح للصور التى يتخذها هذا التدبير عملا .

فهناك صور مألوفة للتدبير البوليسى لا تختلط بالتدبير الوقائى مثل الانتهار ومنع المرور ووضع الحواجز واستعمال العصى وخراطيم المياه والغازات المسيلة للدموع والسلاح .. الخ .

فهذه الصور كأساليب لإزالة حالة الخطر قبل أن تتحول إلى ضرر ، لا تتداخل مع التدابير الوقائية ، لأن هذه تتخذ بعد أن تكون الجريمة قد وقعت ، وذلك تأديباً لنفسية فاعلها ، فى حين أن تلك تطبق فى سبيل منع الجريمة من الوقوع ، ولأنه بالتأمل فى تلك الأساليب البوليسية لا يوجد من بينها أسلوب يتمثل عملا فى شكل من أشكال التدابير الوقائية كما سبق لنا أن حددناها .

ولكن هناك صوراً من التدابير البوليسية تتفق فى صورتها العملية مع بعض من التدابير الوقائية رغم أن الهدف من نوعى التدابير ليس واحداً .

فتحديد الإقامة والاعتقال وإبعاد الأجنبى ، صور من التدابير البوليسية التى تتخذ لإزالة حالة الخطر ومنعاً لجريمة ما قبل أن تقع ، وهى بعينها أيضاً صور من التدابير الوقائية التى تتخذ بعد أن تكون جريمة ما قد وقعت بالفعل وتفادياً لتكرار وقوعها .

يصدق ذلك أيضاً على الإيداع فى مستشفى الأمراض العقلية . فهذا التدبير يكون بوليسياً إذا كان المجنون موضوع التدبير لم يرتكب جريمة بعد وإن كان يخشى منه ارتكابها ، ويكون على العكس تدبيراً وقائياً إذا كان

المجنون المتخذ معه هذا التدبير قد وقعت منه بالفعل جريمة ويراد العمل على تحاشى ارتكاب مثلها منه مرة أخرى .

والإيداع فى مؤسسة للعمل تدبير بوليسى فى صدد المتسول أو المتشرد باعتبار أن حالتهما خطرة وأنه تلزم إزالتها قبل أن تتمخض عن جريمة ، فى حين أن التدبير ذاته يمكن أن يكون وقائياً حين يتخذ مع من وقعت بالفعل جريمة منه ، وذلك تفادياً لوقوعه فى مثلها مرة أخرى .

والمراقبة لها ذات الشأن ، بمعنى أنها تارة تكون تدبيراً بوليسياً وذلك حين تطبق على من لم يثبت بعد ارتكابه لأية جريمة ، وإن كان يخشى منه الإجرام ، مثل المشبوه . وتارة تكون تدبيراً وقائياً حين تباشر مع محكوم عليه فى جريمة ، بغية التحفظ والعمل على عدم وقوعه من جديد فى مثلها (كما هو الحال فى إتلاف المزروعات أو قتل الحيوانات ليلا ، أو فى تزييف المسكوكات) .

ومتى كان الأمر كذلك ، وكان التدبير البوليسى فى تلك الصور متفقاً مع التدبير الوقائى من ناحية الجسامة وأسلوب التنفيذ ، فإنه يتعين العمل على وضعه الموضع المناسب وعلى عدم اساءة استخدامه . ولا يتيسر تحقيق هذه الغاية فى رأينا إلا بمراعاة ما يأتى :

(أولا) أن التدابير البوليسية المشار إليها تلزم إحاطتها بما يكفل عدم التعسف فيها ، وذلك بتحديد الحالة الخطرة الجائز أن تكون أساساً لتطبيقها ، ضماناً لحريات المواطنين . ومن الطبيعى أن يكون هذا التحديد بنص فى القانون الإدارى ، على اعتبار أن التدابير الوقائية الشبيهة بها والتى تتخذ مع من ارتكب جريمة بالفعل ، يتكفل القانون الجنائى بحصر حالات توقيعها .

والواقع أن الحالة الخطرة ، ليست بطبيعتها قابلة للثبوت بذات القدر الذى تثبت به جريمة وقعت بالفعل ، الأمر الذى يستلزم ضبط معالمها بما لا يتيح لأحد القول بوجودها حيث تكون فى الحقيقة منتفية . وبديهى

أن الرقابة على الإدارة فى مجال التدابير البوليسية عموماً ، تدخل فى صميم الاختصاصات المعهود بها إلى مجلس الدولة .

(ثانياً) أنه من المستحسن جعل الحالات الخطرة المبررة للتدابير البوليسية المذكورة ، من اختصاص القضاء الجنائى العادى ، والنص عليها فى مواد تلحق بنصوص القانون الجنائى ، حتى يكون تطبيقها ثمرة لتمحيص وتدقيق لا يتاح مثلهما فى غير مجال الدعوى الجنائية .

وإذا كان القانون الحالى ، بالنسبة للمجنون الخطر الذى لم تقع منه جريمة بعد ، قد جعل البت فى جنونه من عدمه وفى مناسبة إيداعه مستشفى الأمراض العقلية ، من اختصاص سلطة الإدارة ، إلا أنه اتبع نهجاً آخر مع المتسولين والمتشردين والمشبوهين ، إذ جعل البت فى شأن التدبير الذى يتخذ معهم من شؤون القضاء الجنائى .

والواجب أن يعمم هذا النهج على كل الحالات الخطرة قدر المستطاع ومنها حالة الجنون .

(ثالثاً) أنه من البديهى فى التدابير المتخذة لمواجهة الحالات الخطرة ، بقاؤها على وصفها كتدابير بوليسية ، حتى حين يعهد باختصاص توقيعها إلى القضاء الجنائى . ذلك لأن المفروض فيها أن تواجه حالة خطرة تنذر بالجريمة ، وإن لم تكن الجريمة قد تولدت منها بعد . والتنبؤ بالجريمة على أساس تلك الحالة ينبنى على الاحتمال وعلى مجرد حكم تقديرى ، ولا يقوم — والحال كذلك — مقام وضع تكون الجريمة فيه أمراً واقعاً . فالتدبير الذى يتخذ عندئذ ، لا يمكن أن تثبت له تلك الصبغة الجنائية القائمة فيما يتخذ من التدابير عقب جريمة حدثت وكرد فعل تقابل به هذه الجريمة ، أى لا يمكن أن يدخل فى عداد التدابير الواقية الجنائية . فهو إذن يظل تدبيراً بوليسياً ، والنطق به من القضاء الجنائى لا يغير من طبيعته ولا يتعدى أن يكون مجرد ضمان .

وليس من الشذوذ فى شىء أن ينطق القضاء الجنائى بتدبير بوليسى

أى بجزاء غير جنائى . فكما أن هذا القضاء لا يتنافى مع طبيعته الحكم بجزاء مدنى كالتعويض المستحق عن الجريمة المقترفة ، يمكن كذلك أن ينطق بجزاء غير جنائى من نوع آخر غير الجزاء المدنى ، ويقصد به التدبير البوليسى كجزاء إدارى لا يرد على جريمة وقعت ، وإنما يزيل حالة خطرة .

(رابعاً) أنه من غير المستحب فى مجال السياسة الجنائية ، جعل الحالة الخطرة التى تنذر بالجريمة ، فى مقام جريمة فعلية ، من ناحية نوع الجزاء الذى يتقرر لها ، ما لم تكن تلك الحالة على جسامة خاصة تبرر أن يوصف من تسبب فى وجودها بوصف المجرم وأن يوقع عليه جزاء جنائى . وهذا لا يتحقق إلا نادراً ، كما فى حالة الاتفاق الجنائى أو تأليف العصابات .. الخ . ولا يسوغ أن يلحق بتلك الحالات الجسيمة ، محض الوجود على حالة تسول أو تشرد أو اشتباه .

٣ — عرضنا فيما تقدم اجتهادنا فى حل مشكلة التمييز بين التدابير الواقية وبين العقوبة أصلية كانت أم فرعية ، وبينها وبين التدابير البوليسية . وبقى أن نبدى فى شأن القانون الحالى بعض ملاحظات تتعلق بتلك المشكلة .

فقانون العقوبات الحالى يدخل مراقبة البوليس والمصادرة فى عداد العقوبات التبعية المنصوص عليها فى المادة ٢٤ منه ، مع أنهما فى حقيقة الأمر من التدابير الوقائية .

ذلك لأن مراقبة البوليس ، تدبير تغلب فيه نسبة التحفظ على نسبة الإيلام . ويجوز تقريرها كما رأينا بدون أن تكون جريمة ما قد ثبت وقوعها فى حق المراقب ، كما هو الحال بالنسبة للمشبوه ، الأمر الذى يقطع بطبيعتها التحفظية وينفى صفتها العقابية .

فالمراقبة إذن تدبير بوليسى ، مالم توقع فى أعقاب جريمة حدثت ، فتكون تدبيراً جنائياً واقياً ، وأما اعتبارها عقوبة فأمر فى غير محله .

والمصادرة هى الأخرى ، تدبير وقائى لا عقوبة ، لأن نسبة الحذر

التحفظي فيها غالبة على نسبة الألم النفسي ، باعتبار أن ترك جسم الجريمة أو ناتجها في يد فاعلها عامل إغراء له بمعاودة اقترافها أو مصدر تذكير بمتعتها .

٤ — وإن القاء الضوء على طبيعة كل من العقوبة والتدبير الوقائي ، لا تقف أهميته عند محض التعريف بكل منهما ، وإنما تمتد إلى أبعد من ذلك ، لكون الأحكام القانونية الخاصة بكليهما ، يتوقف تحديدها على تلك الطبيعة .

فمن ناحية أولى ، يمتد إلى التدبير الوقائي بوصفه جزاءاً جنائياً مثل العقوبة ذات المبدأ الساري في صددها ، أي أنه لا تدبير وقائي بغير نص ، فلا يوقع مثل هذا التدبير على مرتكب جريمة ما إلا إذا كان هناك نص جنائي يقرره لهذه الجريمة ، وذلك حفاظاً على ذات الضمانات التي يحققها لحريات المواطنين مبدأ ألا عقوبة بغير نص .

وسبق أن قلنا إن من بين التدابير الواقية الجنائية ما يتفق في أسلوب تنفيذه مع بعض التدابير البوليسية . ومن النتائج المنطقية لذلك ما أوصينا به من ضرورة مراعاة مبدأ الشرعية حتى في شأن التدابير الأخيرة وما حبذناه من مناسبة النص عليها في ثنايا القانون الجنائي وإحاطتها بضمانات القضاء الجنائي .

٥ — ومن ناحية ثانية فإن تطبيق التدبير الوقائي لابد فيه من توافر شرط أولي لا غناء عنه ، وهو الخطورة الإجرامية أي احتمال عود الجاني إلى الإجرام مرة أخرى في المستقبل .

والواقع أن انتفاء هذا الاحتمال يستتبع كنتيجة منطقية استبعاد التدبير الذي يفترض فيه أنه في معظم حالات تقريره جوازي وليس وجوبياً .

فتدبير الإيداع في مصحة ، ليس بلازم اتخاذه مع كل مجرم كان وقت جريمته في حالة سكر ، وإنما مع أولئك الذين تتوافر فيهم من بين سكارى المجرمين ، حالة الخطورة الإجرامية ، أي احتمال العود إلى الاجرام لو تركت آفة السكر لديهم بغير علاج .

ومراقبة البوليس لا يتعين توقيعها دائماً على كل فاعل لجريمة نص القانون فيها على جواز الحكم بالمراقبة . فقد يكون الجانى من النوع الذى تنتفى خطورته الإجرامية بغير حاجة إلى تلك المراقبة ، فيكون الإصرار على تطبيقها عندئذ فى غير محله وقد يعوق الطريق الموصل إلى انسجام المحكوم عليه مع نظام المجتمع .

فالمثال الأول ، وهو خاص بتدبير وقائى علاجى ، والمثال الثانى وهو خاص بتدبير وقائى تحفظى ، يظهران وجه المناسبة فى تطلب الخطورة الإجرامية دائماً كشرط جوهرى لابد من تحققه فى سبيل القضاء بالتدبير الوقائى .

وليس اشتراط الخطورة الإجرامية فى توقيع التدبير الوقائى سوى تجاوب مع اشتراطها كذلك فى توقيع العقوبة . فالجانى الذى تنتفى خطورته الإجرامية بفعل التحقيق والمحاكمة وحدهما ، لا يكون هناك محل للإصرار معه على تنفيذ العقوبة ، فيحكم عليه بها مع وقف تنفيذها .

والخطورة الإجرامية كشرط للتدبير الوقائى ، يلزم توافرها سواء أكان هذا التدبير جنائياً أى مما يتخذ مع شخص أجرم بالفعل تفادياً لتكرار الجريمة منه ، أو كان بوليسياً أى مما يتخذ مع شخص لم يجرم بعد أو لم يثبت أنه أجرم ، وذلك تحاشياً لوقوعه فى الجريمة .

ففى الحالتين ، يتعين فيمن يتخذ معه التدبير أن يكون على خطورة إجرامية .

وسبق أن قلنا بأن التدبير البوليسى المانع من جريمة شخص لم يجرم بعد ، كثيراً ما يختلط فى صورته العملية مع التدبير الوقائى المانع من جريمة شخص أجرم بالفعل ويراد الحيلولة دون وقوعه فى الجريمة مرة أخرى .

فسواء أكان التدبير البوليسى من النوع الذى يختلط فى أسلوب تنفيذه مع التدبير الوقائى الجنائى ، أو لم يكن من هذا النوع ، فإنه ما دام يهدف

إلى منع الجريمة من شخص لم يرتكبها بعد ، يلزم لتطبيقه أن يثبت وجود هذا الشخص على خطورة إجرامية أى احتمال اقترافه لجريمة .

وكثيراً ما يفترض القانون هذه الخطورة افتراضاً ، كما فى التسول والتشرد والاشتباه ، وإنما لا يعنى ذلك حرمان الشخص من إثبات أن الحقيقة هى عكس هذا الافتراض .

فالمتسول يمكنه أن يثبت أن تسوله كان عرضياً ووليداً لضرورة بالمعنى الصحيح . والمتشرد له أن يثبت عجزه عن العثور على عمل رغم أنه صاحب حرفة أو صناعة . والمشتبه فيه له أن يدحض ما حام حوله من الشبهات .

على أن الخطورة الإجرامية سواء أكانت أساساً لتدبير وقائى جنائى أو لتدبير بوليسى ، يمكن تعريفها بأنها حالة يوجد عليها شخص ما تجعل من المحتمل وقوع جريمة سواء من هذا الشخص ضد غيره أو من الغير ضده .

فحظر إقامة الجانى فى المكان الذى ارتكب فيه جريمته تدبير وقائى جنائى يقوم على ما يوجد فيه الجانى من حالة تنذر بوقوع جريمة جديدة سواء منه على غيره أو من غيره عليه .

وإذا كانت الخطورة الإجرامية أساس التدبير البوليسى الذى يهدف إلى منع جريمة من الوقوع ، فإن الخطورة الاجتماعية الصرفة هى أساس هذا التدبير حين يتجه إلى منع ضرر اجتماعى غير إجرامى من الحدوث ، وهنا كذلك يستوى فى سبيل تفادى مثل هذا الضرر ، أن يتخذ التدبير مع من يخشى حدوث الضرر منه (المصاب بمرض معد مثلا) ، أو مع من يحتمل أن يقع الضرر عليه .

ويلاحظ أن نموذج الخطورة الإجرامية المبررة للتدبير الوقائى الجنائى هو أكثر نماذج هذه الخطورة تحديداً ووضوحاً ، لكون أحد عناصره يتمثل فى جريمة وقعت بالفعل حسب أوصافها المبينة فى نص جنائى ، ولأن عناصره الأخرى مفروض فيها كذلك أنها مبينة فى قاعدة جنائية مخصصة لهذا البيان .

ويصدق على هذا النموذج أنه يمثل خطورة إجرامية ذات شكل محدد .

وسبق أن قلنا بأنه يلزم أن يكون على هذا الوضوح والتحديد كذلك ، نموذج الخطورة الإجرامية المبررة للتدبير البوليسى المانع من الجريمة قبل أن تقع ، وهذا فى القليل ، بالنسبة للصور الجسيمة التى يتفق فيها هذا التدبير عملا من حيث أسلوب التنفيذ ، مع بعض صور التدبير الوقائى الجنائى (وذلك كما فى التسول والتشرد والاشتباه والجنون) .

وفى غير نطاق هذه الصور الجسيمة ، أى بالنسبة للتدابير البوليسية العادية ، فإنه سواء أكانت هذه التدابير تهدف إلى منع جريمة ، أو كانت تتجه إلى منع ضرر اجتماعي صرف ، فإن نموذج الخطورة الإجرامية فى الحالة الأولى ، ونموذج الخطورة الاجتماعية فى الحالة الثانية ، لا يمكن تحديدهما بذات الحصر والبيان المميزين لغيرهما . ذلك لأن الحالات الخطرة المنذرة بجريمة أو بضرر لا تحصى ولا تعد ، ولا يمكن أن يشملها كلها نص يسردها على سبيل الحصر . فلا يوجد بد والأمر كذلك ، من أن يستخدم النص عبارات عامة تندرج تحتها تفاصيل الصور المختلفة ، مثل عبارة الأفعال الخطرة على الأمن العام أو المخلة بالسكينة أو بالصحة أو بالنظام .

ويقع على عاتق البوليس فى تدخله بالتدبير البوليسى أن يحسن استخدام هذا التدبير ، وأن يضعه فى موضعه ، ولا يلجأ إليه إلا حين يسنح الظرف المادى المندرج تحت نص القانون والمبرر لاتخاذه ، وبديهى أن تقدير البوليس فى هذا الشأن ، خاضع لرقابة القضاء الإدارى .

ويقال فى هذا المجال ، إن نموذج الخطورة الإجرامية أو الاجتماعية ، يمثل خطورة ذات شكل حر ، وإن كانت خاضعة من حيث البت فيها وجوداً وعدماً ، لرقابة قضائية إدارية .

ومن جهة أخرى ، فإن الخطورة الإجرامية المبررة للتدبير الوقائى

الجنائى والمستقاة من جريمة وقعت ، وتلك التى يقوم عليها التدبير البوليسى المانع من جريمة ستقع والمتفق فى الصورة مع التدبير الوقائى الجنائى ، يمكن وصفهما بأنهما خطر منبعث من إنسان ، وإن كان يتمثل مادياً فى وضع أو حالة ما .

أما الخطورة الإجرامية المبررة للتدبير البوليسى فى صورته العامة ، والخطورة الاجتماعية التى يستخدم لمواجهتها ذات التدبير ، فإنه يمكن وصفهما بأنهما خطر منبعث من حالة أو وضع مادى ، ولو كان لإنسان ما دخل فى إيجاد تلك الحالة أو هذا الوضع .

وبينما خطورة الإنسان ، يوجه القاضى فى تقديرها نظره إلى المستقبل فإن خطورة الحالة أو الوضع ، يبت القاضى فيها وجوداً وعدماً بتوجيه نظره إلى الماضى فحسب .

وإذا كانت الحالة الخطرة الراجعة إلى فعل إنسان ، ينبعث فيها الخطر من هذا الإنسان ، أثناء قيامها ، وطيلة الوقت الذى تمتد فيه ، فإنه ليس بلازم ، بعد انقضائها وزوالها ، وحتى بعد تحولها إلى ضرر فعلى ، أن يظل الخطر منبعثاً ممن كان مصدراً لها ، وذلك بالنسبة للمستقبل .

وإذا كانت الخطورة الإجرامية عموماً ، حالة خطرة وانساناً خطراً فإن منها خطورة مبررة للتدبير البوليسى فى صورته العامة ، يكفى أن يكون خطر الإنسان فيها عرضياً ، ومنها خطورة تواجه بالتدبير الوقائى الجنائى (بعد الجريمة) أو بالتدبير البوليسى الشبيه به (قبل الجريمة) تتميز بأن خطر الإنسان فيها لابد من أن يكون قابلا للدوام أى الامتداد فى المستقبل إلى حد ما ، قريب أو بعيد ، وعلى قدر هذا الحد تستطيل مدة التدبير .

٦ — على أن البت فى الخطورة الإجرامية وجوداً وعدماً مسألة تحتاج إلى بعض الإيضاح لاسيما فيما يتعلق بقاعدة الإثبات القاضية بأن الشك يفسر لمصلحة المتهم ، ومدى العمل بهذه القاعدة فى صدد تلك الخطورة .

ولابد لعلاج هذه المسألة من القول بادىء ذى بدء بأن إسناد الجريمة إلى المتهم شيء ونسبة الخطورة الإجرامية إليه شيء آخر .

والأمر الأول وهو إسناد الجريمة ، أولى بالنسبة للأمر الثانى وهو نسبة الخطورة ، إذ لا محل للكلام على خطورة متهم ما من قبل أن تثبت له صفة الجانى المرتكب للجريمة .

يجب أن يثبت أولا اتصال المتهم بالجريمة ، وإلا فإنه لا يكون هناك محل للبحث حول خطورته الإجرامية .

ونعنى فى هذا المجال الخطورة الإجرامية لإنسان اقترف بالفعل جريمة .

وما هو جدير بالملاحظة ، أن ثبوت الجريمة على المتهم لا يتأتى حيث يوجد شك جدى حول اتصاله بها ، فى حين أن ثبوت الخطورة فى حق متهم ثبتت عليه الجريمة ، لاينال منه كون هذه الخطورة محل شك جدى .

وبينما التبرئة من الجريمة لازمة فى الحالة الأولى، فان التبرئة من الخطورة فى الحالة الثانية غير لازمة .

ذلك لأن الجريمة أمر وقع ، فإما أن يكون للمتهم دخل فيه وإما ألا يكون ، وحيث يقوم شك جدى حول صلة المتهم بهذا الأمر ، يفسر الشك لمصلحته ، فيعتبر منقطع الصلة بالجريمة المقترفة عملا بمبدأ أن الشك يفسر فى صالح المتهم .

أما الخطورة الإجرامية لمتهم ثبتت صلته بالجريمة ،فأمر يختلف عن الجريمة ذاتها . ووجه اختلافهما أنه بينما الجريمة المرتكبة يقين أكيد ، فإن الجريمة التى تنذر بها الخطورة ، أمر مستقبل غير يقين ، ولا يخلو من شك يجعله غير أكيد . وعلى الرغم من ذلك ، ومن قيام الشك فى ألا تقع الجريمة المستقبلة المنتظر حدوثها ، لا ينفى هذا الشك ، وإن كان جدياً ، ثبوت الخطورة فى حق الجانى .

ذلك لأن معنى الخطورة أو الخطر ، هو احتمال حدوث الضرر ، ولو كان هذا الاحتمال ضعيفاً . فالاحتمال على درجات أقصاها هو اليقين تتلوه درجة قوة الاحتمال ثم درجة محض الاحتمال ، وأخيراً ، وهذه أدنى الدرجات ، درجة الاحتمال الضعيف .

أما اليقين فمعناه أن كل العوامل متضافرة بأسرها فى سبيل إنتاج الضرر. وقوة الاحتمال ، معناها أن العوامل الميسرة للضرر طاغية على العوامل الحائلة دونه . ومحض الاحتمال معناه أن العوامل الميسرة متعادلة مع العوامل المانعة. وأما الاحتمال الضعيف فهو أن تكون العوامل المانعة من الضرر طاغية على العوامل الميسرة له . ورغم هذا الطغيان يوجد قدر ذو بال من عوامل تيسير الضرر . وبدون هذا القدر ، لا يوجد الخطر إذ يعوزه أساسه وهو توقع الضرر ولو بدرجة الاحتمال الضعيف .

غير أنه حين لا يكون من المحتمل حدوث الضرر ، ولو بدرجة احتمال ضعيف ، لا يبقى ثمة وجود للخطر أو الخطورة .

يكفى إذن احتمال الضرر ، ولو بدرجة ضعيفة ، فى سبيل التسليم بوجود الخطورة ، دون أن يكون الشك الجدى حولها نافياً لوجودها .

وبذا تختلف الخطورة من حيث نسبتها إلى المتهم ، عن الجريمة من حيث إسنادها إليه .

ويصدق ذلك حتى فى صدد الخطورة الإجرامية لمتهم لم يرتكب جريمة بعد وإن كان يخشى منه الإجرام . فهنا كذلك ، يكفى للقول بوجود الخطورة أن تكون الجريمة المخوفة محتملة ولو بدرجة الاحتمال الضعيف .

والأمر كذلك أيضاً بالنسبة للخطورة الاجتماعية المنذرة بضرر غير إجرامى ، وذلك من ناحية الاكتفاء بأن يكون هذا الضرر محتملا ولو بدرجة ضعيفة .

ودون الاحتمال الضعيف ، يوجد محض الإمكان ، وهو لا يرقى إلى خطر أو خطورة .

٧ — وإن التفرقة بين العقوبة والتدبير الوقائى ، تبدو أهميتها العملية كذلك من ناحية مبدأ عدم الرجعية إلى الماضى .

فالعقوبة المقررة بقاعدة جنائية جديدة ، لا تسرى على الماضى ، سواء أكانت عقاباً مستحدثاً لسلوك كان من قبل مباحاً ، أو عقاباً أشد لسلوك كان من قبل معاقباً عليه .

أما إذا كانت العقوبة الجديدة أخف من سابقتها المقررة للسلوك ذاته ، فإنها تسرى حتى فى شأن الوقائع الماضية لكونها أصلح للمتهم .

ومتى كان هذا وضع العقوبة من مبدأ عدم الرجعية إلى الماضى ، يحق التساؤل عما إذا كان للتدبير الوقائى ذات الوضع .

والرأى أن التدبير الوقائى الجديد يتحدد بحسب طبيعته مدى سريانه فى شأن الوقائع الماضية . فإن كان تدبيراً علاجياً كالإيداع فى مأوى علاجى أو مستعمرة زراعية أو إصلاحية أو مؤسسة للعمل وكالاختبار القضائى فالأصل أنه يسرى على الماضى لكونه تدبيراً فى صالح المتهم .

أما التدبير الوقائى التحفظى ، فلأن نسبة الألم النفسى فيه أكبر منها فى التدبير العلاجى ، فإنه يدنو من العقوبة الفرعية وإن كان لا يختلط بها كما بينا ، ولذلك فإنه لا يسرى على الماضى شأنه فى ذلك شأن العقوبة ، ولأن حق الدولة فى إنزال الجزاء مقيد بما أنذرت المواطن به فى لحظة إقدامه على سلوكه . على أنه يوجد من بين تلك التدابير ما هو شديد الشبه بالتدبير العلاجى ويعتبر تطبيقه بالتالى أصلح للمتهم ، فيسرى استثناء على الماضى ، مثل إسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة أو الوكالة (ويمكن اعتباره جزاءاً مدنياً كذلك) ومثل حظر ارتياد الحانات وحظر الإقامة ، ورعاية المفرج عنه .

وما عدا هذه التدابير لا يسوغ تطبيقه على من لم يسبق توجيه الإنذار إليه بهذا التطبيق عندما أقدم على سلوكه ، عملا بالأصول الأولية فى السياسة الجنائية وفى كفالة حريات المواطنين وصون انطلاقها من أن تسيء إليه خشية المفاجآت السيئة .

٨ — ومما تظهر فيه أهمية التفرقة بين العقوبة والتدبير الوقائى ، البت فى حجية الحكم الجنائى الأجنبى فيما يقضى به منهما .

فن المعلوم أنه باستثناء عقوبة الغرامة ، لا تعتبر العقوبة الصادر بها حكم أجنبى قابلة للتنفيذ عملا خارج إقليم الدولة التى أصدرت هذا الحكم ، بسبب كون أنظمة السجون والمؤسسات الجزائية تختلف فيما بينها باختلاف الدول .

وليس الأمر كذلك فى صدد التدبير الوقائى الذى تغلب على طبيعته صفة الطب العلاجى أو الحذر التحفظى . فالمفهوم أن يكون هذا التدبير قابلا للتنفيذ خارج الدولة التى صدر من قضائها الحكم به ، على شرط أن يكون التدبير ذاته مقرراً فى شأن الجريمة ذاتها موضوع الحكم ، حسب قانون الدولة التى يراد فيها تنفيذ التدبير ، وبشرط أن يتعذر تسليم المحكوم عليه .

ويسوغ تطبيق ذات المبدأ فى صدد العقوبات الفرعية أيضاً .

٩ — ومن المشاكل الجديرة بالنظر ، مشكلة مدى الجمع بين العقوبة والتدبير الوقائى مع المجرم الواحد فى جريمة واحدة ، وتحديد الحالات التى يكتفى فيها بالتدبير الوقائى كجزاء جنائى وحيد عن الجريمة المرتكبة .

ولقد أوصى المؤتمر الدولى السابع لقانون العقوبات الذى انعقد فى روما سنة ١٩٥٣ بعدم جواز الجمع بين العقوبة والتدبير الوقائى .

وهذه التوصية وإن كانت فى محلها ، لا يمكن الأخذ بها على إطلاقها فى صدد جميع التدابير الوقائية .

ورأينا أن التدبير الوقائى الذى لا يجوز الجمع بينه وبين العقوبة هو التدبير العلاجى . ذلك لأنه متى ثبت أن المجرم ليس قابلا للانصلاح بوسيلة الألم النفسى ، يكون من غير المجدى الإصرار على معاقبته ، ويصير لازماً فى سبيل إصلاحه اتباع أسلوب يغلب عليه العلاج .

وهذا ما يجب التزامه مع أنواع معينة من المجرمين هى بالإضافة إلى المجنون ، نصف المجنون ، والأصم الأبكم ، والصغير ، والمجرم المعتاد أو المحترف .

أما المتسول وعلى الأخص غير صحيح البنية ، والمتشرد ، والمشتبه فيه ، فيتخذ معهم كما بينا تدبير بوليسى ، شبيه ببعض التدابير الوقائية الجنائية ، وإن كان لا يندرج فى عداد هذه التدابير قانوناً ، لأنه يواجه حالة خطرة لم تتمخض بعد عن جريمة . ويلحق بأولئك أيضاً المجنون الذى تخشى منه الجريمة وإن كانت لم تقع بعد .

وعلى العكس فإن المجرم المطبوع ، تطبق عليه العقوبة وإنما يراعى أن تنفذ عليه بأساليب خاصة تتخلل حياته فى السجن وتعالج تكوينه الإجرامى . وكذلك الحال بالنسبة لمن يرتكب الجريمة فى حالة سكر أو تخدير ، إذ توقع عليه العقوبة وتنفذ بطريقة خاصة تعالج آفة الإدمان .

فالخلاصة أن التدبير الوقائى العلاجى لا يجوز الجمع بينه وبين العقوبة مع المجرم الواحد ، فيقضى مدة فى تنفيذ العقوبة ومدة أخرى فى تنفيذ التدبير ، لأن الجزاءين يختلفان فى طبيعتهما إلى حد لا يسمح بالجمع بينهما ، ولأن فى هذا الجمع تعويقاً للثمرة التى ترجى من وراء الجزاء . فاذا بدىء بالإيلام النفسى قد يشق العلاج فيما بعد ، كما أنه إذا بدىء بالعلاج قد يفسده فيما بعد إنزال الألم النفسى (ولا يختلف رأينا عما يقول به الأستاذ فاسالى أستاذ القانون الجنائى بجامعة روما من عدم جواز الجمع بين العقوبة المقيدة للحرية والتدبير الوقائى المقيد لها ، باعتبار أن معظم التدابير الوقائية العلاجية مقيدة للحرية) .

وإذا كانت القاعدة فى التدبير الوقائى العلاجى هى عدم جواز الجمع بينه وبين العقوبة ، فإن الأمر يختلف بالنسبة للتدبير الوقائى التحفظى ، إذ يجوز الجمع بينه وبين العقوبة بالنسبة للمجرم الواحد فى الجريمة الواحدة ، لكونه يدنو فى طبيعته من العقوبة الفرعية وإن كان لا يختلط بها ، وبالتالى يمكن القضاء به مثل هذه كتكملة لعقوبة أصلية . وسبق أن ضربنا الأمثلة للتدبير التحفظى بحظر الإقامة وإبعاد الأجنبى وإسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة أو الوكالة ، والمراقبة ، والإغلاق ، والمصادرة ، وتعطيل الجريدة ، وحظر ارتياد الحانات ، وكفالة حسن السلوك ، ورعاية المفرج عنه .

وإن الحالات السالف ذكرها والتى يلزم الاكتفاء فيها بالتدبير الوقائى العلاجى كجزاء جنائى وحيد ، يلاحظ فيها أنها تراعى طبيعة المجرم أيا كانت الجريمة ، وأنها بالتالى تدخل من ناحية التبويب العلمى ، فى نطاق النظرية العامة للمجرم .

على أن هناك حالات أخرى ، يلزم الاكتفاء فيها بالتدبير الوقائى عموماً كجزاء وحيد ، وذلك بالنظر إلى طبيعة الجريمة ، ويكون المكان المناسب لهذه الحالات ، لا فى نطاق النظرية العامة للمجرم ، وإنما فى مجال النظرية العامة للجزاء . ويستوى فى التدبير الذى يكتفى به عندئذ ، أن يكون علاجياً أو أن يكون تحفظياً .

فمن قبيل الجرائم التى يكتفى فيها بالتدبير الوقائى العلاجى كجزاء جنائى وحيد ، جريمة الإدمان على تعاطى المخدرات ، إذ يكفى فيها كجزاء وحيد الإيداع فى مصحة علاجية (وهذا ما قررته المادة ٣٧ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠) ، وجريمة الاعتياد على ممارسة الفجور أو الدعارة .

ومن قبيل الجرائم التى يكفى فيها كجزاء جنائى وحيد ، تدبير وقائى تحفظى كالمراقبة أو كفالة حسن السلوك أو المصادرة أو الغلق ، الاتفاق الجنائى ، والجريمة المستحيلة ، والتحريض على جريمة إن لم ينتج أثراً ، والجرائم الاقتصادية مثل البيع بدون رخصة أو بأكثر من السعر الجبرى (ويجوز فى الجريمة الأخيرة الاكتفاء بسحب الترخيص كعقوبة وحيدة فى حالة العود) .

١٠ — ومن البديهى وقد نشأت التدابير الوقائية بدافع حاجة عملية إليها هى الوصول إلى وسائل على الدوام أفعل فى مكافحة الإجرام ، أن يجد القاضى بين يديه أساليب عديدة يتعين عليه أن يختار أنسبها لإصلاح المجرم الماثل أمامه ، نزولا على مقتضيات التفريد فى معاملة الجناة كل حسب حالته .

ويتوقف حسن أداء القضاء لرسالته فى هذا الصدد ، على تحقق عدة أمور مثالية يسعى إلى بلوغها نظام العدالة الجنائية .

فيلزم أولا أن يتحقق التخصص فى القضاء الجنائى ، لأن الدراسة الوافية لأشخاص المجرمين وتخير أنجع الوسائل لعلاجهم ، من الأمور الشاقة التى يتطلب النهوض بها على أكمل وجه انقطاعاً وتخصصاً .

وفى الوقت ذاته ، لما كان علاج الجريمة متوقفاً على اكتشاف أسبابها الخاصة الشخصية والبيئية ، الأمر الذى يتطلب فحصاً طبياً شاملا للمجرم جسما ونفساً وتحرياً اجتماعياً عنه ، على الأقل فى الحالات الجسيمة الخطيرة ، فإنه من البديهى ألا يتولى القاضى بنفسه ذلك الفحص أو التحرى ، ومن ثم يلزم أن يعهد بهما إلى الأخصائيين فى علم الإجرام والبحث الاجتماعى ، الأمر الذى لابد فيه من تنظيم خبرة فى المسائل الجنائية تعاون القاضى الجنائى فى مهمته ، وتمده إلى جانب الملف التقليدى الخاص بالفعل ، بملف آخر يخص الفاعل . وسلمت فرنسا بهذه الضرورة منذ تعديل قانون الإجراءات الجنائية فى ٢ مارس سنة ١٩٥٩ (تراجع المادة ٨١ من القانون) ، وذلك أسوة بما هو متبع فى انجلترا وألمانيا والولايات المتحدة ، ونزولا على ما نادى به من قديم أئمة العلوم الجنائية فى إيطاليا .

ويعتبر المعهد القومى للبحوث الاجتماعية والجنائية نواة صالحة لإعداد مثل أولئك الخبراء فى مصر .

ويلاحظ أن الخبرة فى المسائل الجنائية ، يسلم قانون الإجراءات الجنائية الحالى فى مصر ، بضرورتها فى قضاء الأحداث (المادة ٣٤٧ إجراءات) .

والمأمول التسليم بضرورتها كذلك فى صدد المجرمين الكبار .

هذا والخبرة لازمة لا فى سبيل إصدار الحكم الجنائى فحسب ، وإنما أثناء تنفيذه كذلك .

ولما كان الأفضل أن يشرف على تنفيذ الحكم قاض غير الذى أصدره ، فإنه من المستحب تخصيص قاض لهذا الإشراف يسمى بقاضى الإشراف على التنفيذ ، وهذا ما يجرى عليه بالفعل القانون الإيطالى .

والاستعانة بالخبرة لازمة لقاضى الإشراف على التنفيذ لزومها لقاضى الحكم .

والواقع أنه إذا كان من خصائص العقوبة أن الحكم البات بها يحوز قوة الشىء المقضى فيه ولا يبقى ثمة سبيل إلى المساس به أو تعديله ، فإن التدبير الوقائى له فى هذا المجال شأن آخر بالنظر إلى طبيعته الخاصة .

فقد قلنا إن نسبة الطب العلاجى أو الحذر التحفظى غالبة فى التدبير الوقائى على نسبة الألم النفسى .

ولما كانت النفسية البشرية عموماً والإجرامية على وجه خاص ، لغز الألغاز ، فإن التوصل إلى العلاج الناجع لها غير ميسور ، وكثيراً ما يتبين أن التدبير الذى اتخذ فى صددها إما علاجاً وإما تحفظاً غير موفق ، وأنه يلزم بالتالى تعديله .

فقد يتضح مثلا أن الأنسب للمجرم الصغير تسليمه إلى إصلاحية بدلا من تركه مع والديه ، أو أن الأوفق لمجرم معتاد تسليمه إلى مستعمرة زراعية

لكونه فلاحاً بدلا من تركه فى مؤسسة للعمل لا يأنس فى نفسه استعداداً لأن يكون عاملا فيها ، وقد يظهر قبل أو أثناء تنفيذ المراقبة أنها غير لازمة بل تعرقل انسجام المحكوم عليه مع نظام المجتمع ، فيغض النظر عنها ، أو تبدل بتدبير آخر .

هذه بعض أمثلة تبين أن التدبير الوقائى علاجياً كان أم تحفظياً ، قابل بطبيعته لأن يعدل ، كلما اقتضت حالة المحكوم عليه إجراء هذا التعديل .

وحتى بالنسبة للإيداع فى مستشفى الأمراض العقلية أوفى مصحة علاجية يلزم فى بعض الأحيان تعديل لأسلوب العلاج ، أو تغيير لمدة الإيداع زيادة أو نقصاً .

ولا شك فى أن هذا كله يدخل فى اختصاص قاضى الإشراف على التنفيذ ، وقد قلنا إن هذا القاضى لابد له من أن يستعين هو الآخر بالخبراء .

ومفاد ما تقدم ، أنه بينما يسرى فى صدد العقوبة بصفة مطلقة مبدأ قوة الشيء المقضى فيه للحكم الجنائى البات ، فإن التدبير الوقائى له شأن آخر ولا يمكن العمل فيه بهذا المبدأ .

وغنى عن البيان أن التدبير الوقائى ، مثل العقوبة ، يخضع الحكم الصادر به لكافة الطرق المرسومة للطعن فى أى حكم جنائى . ويصدق هذا حتى إذا كان موضوع الحكم الجنائى تدبيراً بوليسياً .

فإذا صار الحكم باتاً ، فقد قلنا إنه يجوز بالنسبة للعقوبة قوة الشيء المقضى فيه ، وإنما ليس من المناسب أن تثبت له هذه القوة بالنسبة للتدبير الوقائى أو البوليسى .

ولا شك فى أن قاضى الإشراف على التنفيذ يشمل اختصاصه كلا من العقوبة والتدبير الوقائى أو البوليسى ، ولو أن سلطته بالنسبة لهذا التدبير

أوسع منها بالنسبة للعقوبة التى يعتبر أهم دور له فيها النظر فى الإفراج منها تحت شرط ، وتنظيم العمل فى الهواء الطلق والحياة فى جو حر أو نصف حر .

ويمكن أن يخصص للإشراف على التنفيذ قاض فى دائرة كل محكمة ابتدائية تعرض عليه مشاكل التنفيذ المتعلقة بما يوجد فى الاختصاص المكانى لهذه المحكمة من مؤسسات جزائية .

ويباشر قاضى الإشراف على التنفيذ سلطته بإصدار أوامر وقرارات ، والقاعدة فى الأوامر أنها لا تقبل الطعن فيها ، وإنما يجوز تجديد الطلب الذى رفضه الأمر بعد مضى مدة معينة على هذا الرفض .

أما القرارات فالمفروض أنها تصدر فى شأن تعديل نظام التدبير الوقائى أو البوليسى (كواجبات الخاضع للمراقبة) ، أو إحلال تدبير آخر محله ، أو إنقاص أو إطالة مدة التدبير ، أو إلغاء التدبير . فمثل هذه القرارات يمكن استئنافه أمام محكمة الاستئناف الواقعة فى دائرتها المحكمة الابتدائية التابع لها القاضى مصدر القرار ، منعقدة فى هيئة غرفة مشورة .

١١ — أوضحنا فيما تقدم الخطوط العامة للعقوبة والتدابير الوقائية ، وآن أن نتناول أسس التنظيم الموضوعى والإجرائى لهذه التدابير ، باعتبار أنها حالياً أحوج من العقوبة إلى هذا التنظيم .

وأول ما يتبادر إلى الذهن فى هذا الخصوص هو مدة التدبير .

فالتدابير الوقائية — باستثناء المصادرة وإسقاط الولاية أو الوصاية أو الوكالة أو القوامة والإبعاد — تثير التساؤل حول المدة التى يظل ممتداً فيها ما يتضمنه كل تدبير من تقييد للحرية ، سواء أكان هذا التدبير علاجيا كالإيداع فى مستشفى الأمراض العقلية أو فى مصحة علاجية أو مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل أو إصلاحية وكالاختبار القضائى ، أو كان تحفظياً مثل حظر الإقامة والإغلاق وتعطيل الجريدة والمراقبة وحظر ارتياد الحانات وكفالة حسن السلوك ، ورعاية المفرج عنه .

وليس بلازم فى هذا الصدد التسليم بما قاله البعض من ترك مدة العقوبة أو التدبير الوقائى بدون تحديد ، لأن هذا يفسح بدون حد طريق التحكم سواء لسلطة التنفيذ أو للقاضى المشرف عليه .

فتحديد مدة دنيا وقصوى فى نص القانون ، ضمانة لا غناء عنها فى سبيل الحفاظ قدر المستطاع على حقوق الأفراد ، ولو أنه لا يوجد من الناحية التشريعية ما يمنع من تجاوز الحد الأقصى للمدة فى حالات خاصة و بشروط معينة .

ويصدق هذا حتى على الإيداع فى مستشفى الأمراض العقلية أو فى مصحة علاجية .

ومن جهة أخرى ليس من الضرورى أن يظل المحكوم عليه خاضعاً للتدبير طيلة المدة التى حددها الحكم . فالطريقة المثلى فى التنفيذ أنه بعد أن ينقضى الحد الأدنى لمدة التدبير كما هو مبين فى نص القانون ، يفحص قاضى الإشراف على التنفيذ حالة المحكوم عليه ، فإن رأى أن خطورته الإجرامية قد زالت ، قرر الإفراج عنه ، وإلا فإنه يحدد موعداً لاحقاً لإعادة النظر فى الموضوع . وإذا ما تبين على أية حال زوال الخطورة فى أى وقت ولو قبل الموعد المحدد ، يطرح الأمر عليه لإصدار القرار بالإفراج أو بوقف العمل بالتدبير .

ومن جهة ثالثة ، ليس من المحتم إبطال العمل بالتدبير فور انتهاء المدة التى حددها الحكم . فقد يتبين لقاضى الإشراف على التنفيذ أن حالة المحكوم عليه تتطلب مزيداً من العلاج أو التحفظ ، فيقرر إطالة مدة التدبير .

وأما تجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً للتدبير ، فإنه يلزم أن يحاط بقيود وشروط تكفل عدم تقريره فى غير موضعه ، كأن يضاعف عدد الخبراء اللازم أن يستعين بهم قاضى الإشراف على التنفيذ ، وأن يباح فوق الطعن بالاستئناف أمام المحكمة الاستئنافية منعقدة فى غرفة مشورة ،

الطعن كذلك بطريق التماس إعادة النظر أمام محكمة النقض منعقدة فى غرفة مشورة ومزودة بسلطة التصدى للموضوع .

والواقع أن الحاجة إلى تجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً للتدبير ، لا تنشأ عملا إلا فى حالات نادرة وبالنسبة لبعض التدابير دون البعض الآخر ، كالإيداع فى مستشفى الأمراض العقلية أو فى مصحة علاجية ، وكأى تدبير تكون مدته القصوى وجيزة نسبياً .

ومما يثور بحثه بهذه المناسبة ، هو تحديد المعاملة التى يخص بها المحكوم عليه بالتدبير حين يفلت من تنفيذه . والأمر هنا يتطلب شيئا من التفصيل .

فبالنسبة للإيداع فى مستشفى الأمراض العقلية أو فى مصحة علاجية أو مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل أو إصلاحية ، يلزم إذا كانت قد انقضت مدة معينة يحددها القانون ، ألا ينفذ التدبير إلا بعد اختبار جديد للمحكوم عليه ينتج منه أن هذا لا يزال على خطورته الإجرامية وأنها لم تنقض بعد . فإذا كان المحكوم عليه صغيراً قضى بإيداعه الإصلاحية ، وكان قد بلغ واحدة وعشرين سنة عند ضبطه، فلا يعاد إلى الإصلاحية بعد هذه السن ، وإنما يجوز عند ثبوت بقائه على خطورته الإجرامية وضعه تحت المراقبة أو إيداعه فى مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل .

وأما تدبير الاختبار القضائى ، فإنه إذا أفلت منه المحكوم عليه وضبط قبل انقضاء مدة تقادم الجزاء الجنائى ، تعاد المحاكمة ليقضى فى شأنه بالجزاء المناسب .

والواقع أن تدابير الإيداع فى مستشفى الأمراض العقلية أو فى مصحة علاجية أو مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل أو إصلاحية (إلى سن الواحدة والعشرين) ، لا يتلاءم مع طبيعتها أن تنقضى بمجرد عامل الزمن وبغير أن يكون الغرض العلاجى المرجو منها قد تحقق . فلا يسوغ انقضاؤها بالتقادم المجرد وبدون إجراء اختبار يثبت به زوال الخطورة الإجرامية .

وبالتالى فإنه متى تحقق أن هذه الخطورة لا تزال قائمة رغم انقضاء مدة التقادم ، يتعين إخضاع المحكوم عليه للتدبير ، ويكون على قاضى الإشراف على التنفيذ دائماً أن يحدد الوقت الملائم للإفراج .

أما بالنسبة للتدابير الوقائية التحفظية ، فإنها تقبل بطبيعتها السقوط بالتقادم أى بعامل الزمن وحده ، باستثناء المصادرة لأنها نافذة دائماً ، ولا يتصور الحكم بها دون أن يكون الشىء المكون لموضوعها مضبوطاً .

وفضلا عن ظاهرة الإفلات من تنفيذ التدبير ، قد تتحقق ظاهرة أخرى هى مخالفة نظام التدبير من جانب الخاضع له ، الأمر الذى قد يتوافر بالنسبة للتدابير الوقائية التحفظية وهى حظر الإقامة وإبعاد الأجنبي وإسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة أو الوكالة ، والمراقبة ، والإغلاق ، وتعطيل الجريدة ، وحظر ارتياد الحانات ، وكفالة حسن السلوك ، ورعاية المفرج عنه .

ولا صعوبة بالنسبة للإبعاد ، لأنه يمكن إذا كان هناك مقتض للإصرار عليه قبل سقوطه بالتقادم ، أن ينفذ جبراً .

ولا صعوبة بالنسبة لإسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة أو الوكالة لأنه يوجد دائماً جزاء البطلان فى حالة اتخاذ تصرف يتعارض مع ذلك الإسقاط .

وبالنسبة إلى كفالة حسن السلوك ، يترتب على مخالفة نظامها أن يصادر مبلغها النقدى . فإن لم يودع هذا المبلغ أصلا ، يجوز لقاضى الإشراف على التنفيذ أن يبدل الكفالة بتدبير آخر كالمراقبة .

أما بالنسبة إلى حظر الإقامة والمراقبة والإغلاق وتعطيل الجريدة وحظر ارتياد الحانات ورعاية المفرج عنه ، فإن الجزاء الطبيعى لمخالفة نظام هذه التدابير ، ألا تحتسب المدة السابق انقضاؤها من التدبير قبل مخالفته ، وتبدأ فى السريان من جديد مدة التدبير إلى أن تنقضى أو إلى أن يقرر قاضى الإشراف على التنفيذ إبطال العمل بالتدبير . ويجوز كذلك لهذا القاضى أن يعدل التدبير المحكوم به إلى تدبير آخر .

١٢ – لم يبق بعد ما تقدم سوى الحديث عن أسباب انقضاء التدبير الوقائى ومدى تعدد هذا التدبير بتعدد الجرائم ووضعه من أحكام العود .

وسبق أن قلنا إن التدبير الوقائى العلاجى (ما عدا الاختبار القضائى) لا يسقط بالتقادم ، فى حين أن التدبير الوقائى التحفظى قابل لهذا السقوط (باستثناء المصادرة) .

وبديهى أن تقادم التدبير الوقائى التحفظى ، تسرى فى صدده قواعد وقف التقادم وانقطاعه .

ولكن من أى وقت تسرى مدة تقادم هذا التدبير ؟

لا صعوبة فى الأمر حين يكون التدبير محكوماً به منفرداً ، إذ يبدأ سريان مدة تقادمه من اليوم الذى ظل فيه دون نفاذ رغم وجوب تنفيذه .

أما إن كان محكوماً به بالإضافة إلى عقوبة أصلية ، فإنه إما أن يفلت المحكوم عليه من تنفيذه عقب خضوعه للعقوبة ، واما أن يفلت سواء من تنفيذ العقوبة أو من تنفيذ التدبير .

ففى الفرض الأول يكون النفاذ قد شمل العقوبة دون التدبير ، وفى الفرض الثانى يكون نصيب كليهما هو عدم النفاذ .

فإذا كانت مدة التقادم خمس سنوات مثلا لكون التدبير جزاءاً جنائياً لجنحة ، فمن أى وقت تحتسب هذه المدة فى الفرضين ؟ .

المفروض أن المدة يبدأ سريانها من اليوم الذى كان يجب تنفيذ التدبير فيه وظل مع ذلك دون نفاذ ، وهذا اليوم عند الحكم بالتدبير مضافاً إلى عقوبة مقيدة للحرية ، يحل منذ الإفراج عن المحكوم عليه بهذه العقوبة .

فإذا كان المحكوم عليه قد هرب من تنفيذ تلك العقوبة ، فيلزم حتى فى هذه الحالة ، ألا يبدأ سريان مدة تقادم التدبير إلا من اليوم الذى كان

لينتهى فيه تنفيذ العقوبة لو أنها نفذت ، لأنه فى ذلك اليوم فقط كان يحل موعد تنفيذ التدبير .

والقول بأن التدبير يتقادم بتقادم العقوبة ، مؤداه أن يصير الهارب من تنفيذ العقوبة أحسن مصيراً ممن خضع لها ، فيتخلص من عبء الجزاءين معاً فى مدة أقصر من تلك التى يقضيها هذا الأخير لبلوغ ذات النتيجة .

فلو أن شخصين حكم عليهما بالحبس ثلاث سنوات والمراقبة ، فرّ أحدهما حتى انقضت على فراره مدة التقادم المسقط لعقوبة الجنحة وهى خمس سنوات ، وخضع الثانى لعقوبة الحبس حتى نفذت ثم فر من تنفيذ المراقبة ، فإن القول بأن التدبير يتقادم بتقادم العقوبة ، معناه أن الأول وقد هرب من الحبس ، يتخلص سواء من الحبس أو من المراقبة بمضى خمس سنوات ، فى حين أن الثانى الذى خضع للحبس ثلاث سنوات وهرب من المراقبة ، تلزم له للخلاص من هذه مدة خمس سنوات ، أى يكلفه عبء الجزاءين معاً ثمانى سنوات ، فيكون أفضل منه مصيراً الهارب من الحبس ، وهذا غير سائغ .

فتفادياً لمثل هذه النتيجة الشاذة ، يتعين أن تحتسب مدة تقادم التدبير دائماً ، من الوقت الذى كان يجب أن ينفذ فيه التدبير بصرف النظر عن العقوبة التى حكم به مضافاً إليها .

ولكن ما هى مدة تقادم التدبير ؟

لا شك فى أنه إذا كان التدبير محكوماً به مضافاً إلى عقوبة جناية ، فتكون مدة سقوطه بالتقادم هى مدة تقادم عقوبة الجناية . وإن كان محكوماً به مضافاً إلى عقوبةجنحة ، فتكون مدة تقادمه هى مدة تقادم عقوبة الجنحة .

أما إن كان التدبير محكوماً به منفرداً ، فإن الاكتفاء به كجزاء جنائى وحيد ، يدل على عدم جسامة الجريمة التى تقرر كجزاء لها ، فتكون مدة

سقوطه بالتقادم هى مدة تقادم عقوبة الجنحة ، وتعتبر الجريمة التى نص فيها على التدبير ذاته ، جنحة لا جناية .

ذلك عن مضى المدة كسبب لانقضاء التدبير .

ولكن هل ينقضى التدبير كذلك بطريق الجب؟

إذا كانت عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها ما عداها من العقوبات المقيدة للحرية ، فهل يمكن أن تحدث هذا الأثر فى تدبير وقائى مقيد للحرية؟

يبدو أن طبيعة الأمور تأبى ذلك . فالتدبير الوقائى ليس متفقاً فى الطبيعة مع الأشغال الشاقة حتى يعتبر عقوبة مثلها ، وحتى يقال إن الأشغال الشاقة كعقوبة أشد تغنى بمقدار مدتها عنه كعقوبة أخف . فهو جزاء تغلب عليه نسبة الطب العلاجى أو الحذر التحفظى وله دور قد لا توفق فى أدائه عقوبة الأشغال الشاقة ، وبالتالى فلا يمكن أن يكون فيها غناء عنه .

فلو أن جانياً ارتكب قتلا وسرقة فى وقتين مختلفين حالة كونه عائداً عوداً متكرراً فى السرقات ، وحكم عليه بالأشغال الشاقة عن القتل ، وبالإيداع فى مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل عن السرقة ، فإن الأشغال الشاقة لا يمكن أن تجب بمقدار مدتها تدبير الإيداع ، وبالتالى ينفذ هذا التدبير بدون أن ينتقص من مدته بمقدار مدة الأشغال الشاقة ، وطيلة الوقت اللازم فى سبيل إزالة الخطورة الإجرامية للجانى .

ولكن هل يجوز الحكم بالتدبير الوقائى مع وقف التنفيذ؟

إن وقف التنفيذ يقوم على اعتقاد القاضى بأن الخطورة الإجرامية للجانى ، زالت بفعل إجراءات التحقيق والمحاكمة على نحو لا حاجة بعده إلى تنفيذ العقاب ، ومن ثم يوقف القاضى هذا التنفيذ فترة معينة على سبيل الاختبار كى يتأكد بالفعل زوال الخطورة طبقاً لعقيدة القاضى ، فإن تبين خلال تلك الفترة أن الخطورة لاتزال قائمة خلافاً لما كان معتقداً فى الجانى ألغى الوقف ونفذت العقوبة الموقوفة .

فهل لوقف التنفيذ محل فى العقوبة فحسب ، أم أن له محلا فى التدبير الوقائى كذلك ؟

هنا تلزم التفرقة كذلك بين التدبير الوقائى العلاجى وبين التدبير الوقائى التحفظى .

فالتدبير الوقائى العلاجى كالإيداع فى مستشفى الأمراض العقلية أو فى مصحة علاجية أو فى مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل أو إصلاحية ، لا يعقل أن تكون الخطورة الإجرامية المستوجبة له من النوع الذى تكفى لإزالته إجراءات التحقيق والمحاكمة ، وبالتالى فإن وقف تنفيذ ذلك التدبير غير جائز .

أما التدبير الوقائى التحفظى ، فإن كان محكوماً به منفرداً وكجزاء وحيد ، فإنه يجوز وقف تنفيذه لاحتمال أن تكون إجراءات التحقيق والمحاكمة قد قضت وحدها على خطورة الجانى .

فإذا كان محكوماً به مضافاً إلى عقوبة ، يتعين التمييز بين ما إذا كانت هذه الإضافة وجوبية بنص القانون أم جوازية .

فإن كانت وجوبية ، يدل هذا الوجوب على أن الخطورة الإجرامية للجانى من حيث درجتها فى تقدير القانون أشد من أن تكفى للقضاء عليها إجراءات التحقيق والمحاكمة ، وبالتالى لا يجوز وقف التنفيذ عموماً بالنسبة للعقوبة والتدبير المضاف إليها على حد سواء .

أما إن كانت إضافة التدبير إلى العقوبة جوازية ، ورأى القاضى هذه الإضافة على سبيل التحوط ، فلا يوجد ثمة مانع من أن يوقف تنفيذ العقوبة والتدبير معاً ، كما أن وقف تنفيذ العقوبة فى هذه الحالة يستتبع وقف تنفيذ التدبير أيضاً دون حاجة إلى ذكر صريح لذلك ، مادام المفهوم ضمناً فى هذا الوقف ، أن إجراءات التحقيق والمحاكمة كانت بمفردها كافية للقضاء على خطورة الجانى .

وما حكم الحبس الاحتياطى ؟

من المعلوم أن مدته تستنزل من العقوبة . فهل يراعى استنزالها أيضاً من التدبير الوقائى ؟

الواقع أن الحبس الاحتياطى وإن لم يكن عقوبة ، يشبه العقوبة من حيث كونه تقييداً للحرية ، ومن ناحية أن نسبة الألم النفسى فيه طاغية .

وهذه هى الحكمة من كون الحبس الاحتياطى تستنزل مدته من عبء العقوبة الأصلية .

فهل يسرى ذلك أيضاً فى صدد التدبير الوقائى ؟

الجواب على ذلك يتوقف على طبيعة التدبير الوقائى وقد قلنا إنه يغلب عليها العلاج أو التحفظ ، وبالتالى فلا يسوغ كقاعدة استنزال مدة الحبس الاحتياطى من مدة التدبير ، سواء أكان التدبير علاجياً كالإيداع فى مستشفى الأمراض العقلية أو فى مصحة علاجية أو مستعمرة زراعية أو مؤسسة للعمل أو إصلاحية أم كان تحفظياً مثل حظر الإقامة والإغلاق وتعطيل الجريدة والمراقبة وحظر ارتياد الحانات ورعاية المفرج عنه ، وذلك حتى يجرى العلاج أو التحفظ المدة اللازمة لهما والتى تتوقف عملا على مدى بقاء الخطورة الإجرامية ، ويعول فى تحديدها على تقدير قاضى الإشراف على التنفيذ .

والمفروض أنه حتى إذا خصمت مدة الحبس الاحتياطى ، فإنه يمكن عملا أن يضيع كل أثر لهذا الخصم ، إذا قدر قاضى الإشراف على التنفيذ إطالة مدة التدبير بسبب عدم كفاية مدته الماضية للقضاء على الخطورة الاجرامية.

وما تأثير العفو الشامل والعفو عن العقوبة فى التدبير الوقائى ؟

لا شك فى أنه ما دام العفو الشامل يزيل وصف الجريمة فى السلوك المنسوب إلى المحكوم عليه ، ينهار الحكم بكل ما قضى به من جزاء جنائى

عقوبة كان هذا الجزاء أم تدبيراً وقائياً ، ما لم ينص قانون العفو الشامل على خلاف ذلك [1] .

أما العفو عن العقوبة فإنه لا يستتبع كذلك العفو من التدبير الوقائى المضاف إليها ، ما لم ينص أمر العفو على خلاف ذلك .

ومن المتصور صدور أمر بالعفو من تدبير وقائى محكوم به منفرداً .

وتسرى على التدبير الوقائى ذات أحكام رد الاعتبار المقررة بالنسبة للعقوبة .

أما عن ترتيب التنفيذ فى حالة الحكم بعقوبة وبتدبير وقائى تحفظى مضاف إليها ، فإنه باستبعاد المصادرة والإغلاق وتعطيل الجريدة وإسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة أو الوكالة ، وهذه كلها تدابير تنفذ مع العقوبة فى ذات الوقت ، يطبق التدبير فور الفراغ من تنفيذ العقوبة إن كانت مقيدة للحرية ، أو معها فى آن واحد إن كانت عقوبة مالية .

وأخيراً يلزم الكلام على مشكلة تعدد الجريمة وتأثيره فى التدبير الوقائى .

وهنا يتعين التمييز بين التعدد الذى يحكم فيه بعقوبة واحدة هى عقوبة الجريمة الأشد ، وذلك الذى تتعدد فيه العقوبة بتعدد الجريمة .

فإذا كان الواجب هو الحكم بعقوبة واحدة رغم التعدد ، فإنه يقضى بجزاء الجريمة الأشد كاملا أى بعقوبتها وبالتدبير الوقائى إن كان هذا التدبير مقرراً قانوناً بالإضافة إلى العقوبة . وإذا كانت الجريمة الأخف مقرراً لها هى الأخرى تدبير وقائى ، فإنه إما أن يكون هذا التدبير من ذات نوع

---

(١) باستثناء العفو الشامل – وهو يعطل نص التجريم فى فترة معينة ويبقى عليه فيما عدا هذه الفترة – فإنه من البديهى بالنسبة للأسباب الأخرى التى تقضى على الجريمة كصدور قانون يحولها إلى سلوك مباح ، أن ينقضى الجزاء الجنائى بالتبعية لانقضاء الجريمة ، عقوبة كان هذا الجزاء أم تدبيرا وقائياً .

التدبير المقرر للجريمة الأشد فلا يكون هناك داع للحكم به ، وإما أن يكون من نوع مختلف ، وفى هذه الحالة يقدر القاضى ما إذا كانت حالة الجانى تتطلب القضاء به هو الآخر ، أم أن تدبير الجريمة الأشد يغنى عنه .

وإذا كان الجزاء يتعدد بقدر تعدد الجرائم ، فإن القاضى يحكم بجزاءات الجرائم موضوع المحاكمة كلها . فإن كانت من بين هذه الجزاءات تدابير وقائية متعددة ، يراعى قاضى التنفيذ عند اتحادها فى النوع ، ألا يتجاوز مجموع مددها القدر اللازم لإزالة الخطورة الإجرامية للجانى ، ويحدد عند اختلافها فى النوع ما يلزم تنفيذه من بينها فى سبيل القضاء على هذه الخطورة .

والواقع أن نظام قاضى الإشراف على التنفيذ فيه ما يكفل الوفاء بمقتضيات تفريد الجزاء والمواءمة بينه وبين مطالب إصلاح الجانى دون إفراط أو تفريط .

ولا يفوتنا أخيرا أن نشير إلى وضع التدبير الاحترازى من حيث أحكام العود . فهو جزاء جنائى ويعتبر بهذه المثابة سابقة . غير أنه لا يصح أن يتخذ بمفرده أساساً لتشديد العقوبة المستحقة على جريمة جديدة ، بل يقام له وزن فى إطالة مدة التدبير الاحترازى المحتمل أن يحكم به فى هذه الجريمة أو إبداله بغيره . كما أنه يجوز حين تكون السابقة عقوبة ، أن يحكم على العائد بتدبير احترازى تحفظى فى جريمته الجديدة بالإضافة إلى عقوبتها ، ما لم يتعلق الأمر بعود متكرر ، إذ قلنا إنه يحسن فى هذه الحالة أن يحكم بتدبير احترازى علاجى ، عوضا عن عقوبة من العقوبات السابق الحكم بها وقد تبين عدم جدواها .

* * *

عرضنا فيما تقدم اجتهادنا فى مشكلة التمييز والتنسيق بين العقوبة والتدبير

الوقائى ، فعسى أن يكون النجاح قد حالفنا فيما اقترحناه لهذه المشكلة من حلول ، والله ولى التوفيق[1] .

(١) عقدت ندوة العقوبة والتدابير الاحترازية فى المركز القومى للبحوث الاجتماعية والجنائية بمقر المركز فى إمبابه بتاريخ ١١ مايو ١٩٦٧ .

وفيما يلى توزيع بنود التقرير كما جاءت فى المتن : —

١ — المصدر التاريخى للتدبير الاحترازى — ٢ — التعريف بالتدبير الاحترازى والتفرقة بينه وبين العقوبة أصلية كانت أم فرعية وبينه وبين التدبير البوليسى — ٣ — ملاحظات على قانون العقوبات الحالى — ٤ — مبدأ الشرعية — ٥ — شرط الخطورة الإجرامية — ٦ — إثبات الخطورة الإجرامية — ٧ — عدم الرجعية إلى الماضى ومداه فى التدابير الاحترازية — ٨ — حجية الحكم الجنائى الأجنبى — ٩ — مدى الجمع بين العقوبة والتدبير الاحترازى وحالات تقريره كجزاء جنائى وحيد — ١٠ — تخصص القاضى الجنائى والخبرة فى المسائل الجنائية وقاضى الإشراف على التنفيذ — ١١ — مدة التدبير وأثر الإفلات من تنفيذه ومدى قابليته للتقادم — ١٢ — انقضاء التدبير بالتقادم ، ومبدأ سريان التقادم ، ومدة التقادم ، وعدم تأثر التدبير بالجب ومدى قابلية التدبير لوقف التنفيذ ، وعدم استنزال مدة الحبس الاحتياطى منه ، وتأثير العفو الشامل والعفو عن العقوبة وأسباب الانقضاء فيه ، ورد الاعتبار منه ، وترتيب التنفيذ عند اجتماعه بالعقوبة ، وحكمه فى حالة تعدد الجريمة ، وفى حالة العود .

تم بعون الله ، طبع هذه المجلة بالهيئة
العامة للكتب والأجهزة العلمية، مطبعة جامعة
الاسكندرية، فى يوم الاثنين ٢٨ من ذى الحجة
١٣٨٨ الموافق ١٧ من مارس ١٩٦٩ .

مدير المطبعة
محمد يوسف البساطى

7. *Les Fins de la Méthodologie Proposée.*

L'étude des sources de la règle de conduite obligatoire en droit des gens, ainsi conçue ne saurait nullement avoir pour but l'élaboration d'une nouvelle théorie tendant à systématiser la matière. "Ces théories seduisent les jeunes juristes qui cherchent à acquérir ce qu'on est convenu d'appeler une connaissance scientifique du droit. Le but des théories est d'une part de donner une vue générale et systématique du droit et en même temps de favoriser le développement de celui-ci. Mais trop souvent, ces théories manquent leur but. Le théoriciens qui prétendent expliquer la réalité courent le risque de la déformer en retenant un aspect et négligeant les autres. La théorie qui n'a de valeur que si elle se fonde sur les faits, perd facilement le contact avec ceux-ci pour verser dans l'abstraction". (74).

D'autre part, malgré les incontestables efforts d'analyse et de dialectique deployés par les théoriciens, l'utilité de leurs théories nous parait plus que précaire. "En effet, sur le plan intellectuel, le plus souvent ces théories qui s'opposent sans que l'une d'elle s'impose, laisent perplexe le lecteur qui voudrait aboutir à une conclusion tant soit peu sûre et satisfaisante. Sur le plan pratique, ces théories sont de peu d'utilité. Si on veut les appliquer, procédant par voie de déduction, on risque d'en tirer des solutions mal adaptées aux besoins de la vie sociale". (75).

Le schéma méthodologique que nous proposons ne doit avoir pour but que l'éclaircissement objectif et non tendancieux des phénomènes étudiés, toute tentation de fantaisie intellectuelle soigneusement écartée.

Ce but ne pourrait être, à notre avis, atteint qu'à partir d'une étude critique des trois soi-disant sources de la règle de droit, citées par l'article 38 du statut de la C. I. J., ainsi que des décisions normatives prises par les organces internationaux ayant la competence de légiférer.

Une telle étude ne serait d'ailleurs satisfaisante sinon suivie et completée par l'étude des sources formelles de l'obligation internationale au sens que nous avons précisés.

---

74. Cf. Emile Giraud, op. cit. p. 211.
75. Cf. Emile Giraud, op. cit., p. 212.

D'autres internationalistes (Fauchille — Scelle) croient trouver la solution dans "l'idée que le droit de la collectivité plus vaste devrait l'emporter sur le droit de la communauté plus restreinte" en oubliant la faculté incontestée généralement reconnue aux Etats de déroger au droit international commun coutumier par des traités particulières explicites ou tacites. (70).

Dominée par la confusion déjà signalée, la matière reste complexe, et ce n'est pas sans raison qu'un éminent juriste tel Basdevant constate que "les solutions ne peuvent être données qu'après examen attentif des particularités de chaque cas." (71).

Regardé sous la lumière de la distinction que nous préconisons entre l'obligation et la règle de droit, le soi-disant problème de l'autorité respective des règles générales et des règles particulières, se rend à ses vraies dimensions. Il ne s'agit nullement de conflit entre deux règles juridiques au sens propre du terme, mais d'une simple concurrence entre une obligation et une règle de droit portant sur la même matière. La solution dépend en effet de la nature de la règle juridique en question. S'il s'agit de l'une de ces règles que l'on appelle interprétatives, supplétives ou dispositives, l'obligation l'emportera. Au contraire, les vraies règles impératives du droit international ne peuvent en aucun cas être devancées par une simple obligation. "Aucune dérogation n'est permise" à une telle règle, "qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international ayant le même caractère" (72). La solution que nous proposons n'est d'ailleurs que semblable à celle admise dans la doctrine du droit interne. (73)

---

70. Cf. Basdevant, op. cit., p. 494.

71. Cf. Basdevant, op. cit., p. 469.

72. Cf. l'article 50 du projet d'articles sur le droit des Traités préparé par la Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session (Genève, 4 Mai-19 juillet 1966), Documents officiels de l'Assémblée générale, Vingt et unième session, Supplément No.9 (A/6309/Rev. 1), pp. 80—81.

Cf. aussi le Commentaire de la Commission sur cet article, op. cit., pp. 81—82.

73. Cf. René Capitant, L'impératif juridique, op. cit., p. 70 et s.

La règle de droit, ne pouvant être, à notre avis,que générale et abstraite (67), ces sont seulement les normes relevant de la première catégorie citée qui méritent d'être ainsi qualifiées. Les prétendues règles du droit international relatif au particulier ne sont en effet que des obligations internationales au sens que nous avons précisé.

La distinction entre la règle juridique et l'obligation que nous présentons, resout d'ailleurs le prétendu problème de l'autorité respective des règles générales et des règles relatives ou particulières.

La confusion entre l'obligation internationale et la règle de droit international n'a pas manqué de faire naitre le problème de l'autorité respective des règles générales et des règles particulières.(68). Si l'on rencontrait, sur une matière donné, une règle générale et une règle particulière qui sont divergentes, laquelle de ces deux règles devrait l'emporter ?

La question étant (à notre avis) mal posée la doctrine se trouve en effet divisée, sinon désorientée.

Certains auteurs (Anzilotti-Heilborn-Cavaglieri) croient trouver la solution dans l'adage juridique célèbre : in toto jure genus per speciem derogatur, et déclarent que c'est la règle particulière que doit l'emporter sur la règle générale (69).

= valables que pour des sujets determinés: par conséquent des règles de droit particulier."
Cf. Morelli, op. cit. p. 472.

67. Le fait que certains sujets du droit ne se trouvent pas, à un certain moment, dans la situation de fait prévue par la règle, ne touche en rien à sa généralité. "c'est ce qui arrive, par exemple, pour les règles du droit maritime par rapport aux Etats n'ayant pas de littoral maritime.".

Cf. Morelli, op. cit., p. 472.

68. Cf. en exemple des Etudes consacrées à ce soi-disant problème : Jean Ray, Des conflits entre principes abstraits et stipulations conventionnelles, R.C.A.D.I. 1934/2, t. 48, pp. 635—707.

Cf. aussi, Jules Basdevant, op. cit., p. 493 et s.

69. Cf. Jules Basdevant, op. cit., p. 493.

Ces auteurs oublient cependant, comme Basdevant le souligne, et non sans raison, que "cette supériorité de la règle particulière sur la règle générale ne s'impose pas cependant en toutes circonstances. .. .. .. on pourrait concevoir que la règle générale eût un caractère impératif impliquant la supériorité de la règle générale.".

(Cf. Basdevant, op. cit., p. 495).

6. *La Valeur Pratique de la Distinction Proposée Entre L'Obligation et la Règle de Droit.*

La distinction ainsi précisée entre le concept de l'obligation internationale, et celui de la règle juridique internationale proprement dite, nous ne pouvons nullemnt suivre celle avancée par la majorité de la doctrine entre le droit international général ou universel, et le droit international relatif ou particulier. (60).

On entend généralement par le terme "droit international général", les "règles qui n'ont pas une sphère de destinataires delimitée, parce qu'elles s'adressent à tous les sujets de l'ordre international, ou, en tout cas, à des sujets qui ne sont pas déterminés dans leurs individualité".(61) et qui ont pour objet "non pas un conflit d'intérêts déterminé et actuel, mais tous les conflits d'intérêts éventuels d'un type donné" (62). Les règles de ce "droit international général" ont le caractère d'être à la fois : générales et abstraites. C'est à ce droit général ou commun "qu'appartiennent la plupart des règles coutumières (63), "qui valent pour tous les sujets du droit international, pour la communauté internationale toute entière" (64).

On désigne, au contraire, par le terme "droit international particulier" les prétendues règles du droit international qui ne valent que pur deux ou plusieurs Etats. La sphère de destinataires de ces règles pourrait être plus ou moins large, mais toujours bien determinée. (65). Ce sont en général les "normes édictées par des traités, normes qui, en principe, n'attribuent de droits et de devoirs qu'aux parties contractantes."(66).

---

60. Cf. par exemple : Hans Kelsen, Théorie générale du droit international public, Problèmes chosisis, R.C.A.D.I., 1932, t. 42, p. 172 et s.

Gaetano Morelli, Cours général de droit international R.C.A.D.I., 1956/1, t. 89, p. 472 et s.

Jules Basdevant, Règles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I., 1936/4, t. 58, pp. 484—496.

61. Morelli, op. cit., p. 472.

62. Morelli, op. cit., p. 474.

63. Morelli, op. cit., p. 472.

64. Hans Kelsen, op. cit., p. 173.

65. Cf. Morelli, op. cit., p. 472 et Kelsen, op. cit., p. 173.

66. Kelsen, op. cit., p.173.

Il faut aussi, signaler que "la coutume crée parfois des règles qui ne sont =

C'est le même phénomène que l'on trouve en droit international, mais d'une façon moins développée qu'en droit interne. La différence n'est pas de nature, mais seulement de degré.

C'est toujours la communauté toute entière, qu'elle soit nationale ou universelle, qui possède la capacité d'imposer à ces membres (individus ou Etats) des règles de conduite obligatoires générales et abstraites et de les sanctionner. Afin de s'acquitter de cette fonction, la communauté aura certainement besoin d'un ou de plusieurs représentants. Elle pourrait dans certaines conditions les choisir librement. C'est le cas des communautés nationales ayant des traditions démocratiques. Mais dans la plupart des cas, c'est le plus (ou les plus) fort (s) qui s'impose (ou s'imposent) en tant que représentant (s) de la communauté. C'est le cas de la communauté internationale et de la majorité écrasante des communautés nationales, les pays de traditions. vraiement démocratiques ne font malheureusement qu'une petite minorité.

Que l'être humain ne trouve guère sa liberté dans la communauté nationale à laquelle il appartient, que l'Etat ne la trouve non plus au sein de la communauté universelle, c'est une réalité que l'on constate. avec amertume, mais que l'on ne saurait nullement ignorer.

La destinée tragique des juristes, à travers tous les temps, étant celle de chercher et de défendre cette introuvable liberté, une telle croisade ne peut être efficacement menée qu'à partir d'une connaissance approfondie des conditions du despotisme qui dominent le phénomène juridique à étudier qu'il soit interne ou internationale.

L'étude réaliste des phénomènes juridiques internationaux ne saurait être entreprise à partir des mythes insignifiants dépolis de toute valeur pratique, mais à partir des réalités vivantes de la société internationale aussi amères qu'elles puissent être.

Espérons, enfin avec le doyen Ripert que les juristes, : ces "défenseurs d'un droit dont dépend notre civilisation", "consentent à voir comment les lois se créent" afin de perdre "l'illusion qu'elles sont toujours inspirées par la justice et constituent toujours un progrès"(59). Ainsi, ils pourraient, peut être mieux servir la cause de droit.

---

59. Cf. Ripert, op. cit., p. VIII.

Cette autorité supra-étatique ne doit nullement avoir une existence permanente et structurée parreille à celle de l'Etat : (57) titulaire principal du pouvoir législatif dans les ordres juridiques internes. A notre avis, tout ensemble d'Etats exerçant de jure ou de facto le directoire des affaires communes de la communauté internationale à un moment donné, et dans n'importe quel domaine d'activités internationales aurait à ce même moment, et dans ce même domaine, cet attribut législatif (58).

La règle du droit n'étant qu'une règle de conduite impérative, abstraite et générale imposée par quiconcque qui aurait la puissance matérielle lui permettant de la sanctionner, nous ne voyons pas pourquoi l'on nedoit reconnaitre aux Etats exerçant de jure ou de facto le directoire mondiale, la qualité de légiferer pour la communauté internationale toute entière.

Cette conception héterodoxe que nous présentons au lecteur ne se trouve d'ailleurs en aucune contradiction avec le principe célèbre de l'égalité entre les Etats. Chaque Etat de ceux qui composent ce directoire se trouve en effet sur le pied d'égalité avec les autresEtats membres de la communauté internationale. Ce dogme si cher aux juristes n'empêche pas que l'on regarde ces mêmes Etats tous ensemble en leur qualité de directoire international comme une autorité supra-étatique, à rasion de la fonction de représentant de la communauté internationale qu'il exerce. Rappelons que les ministres ou les députés dans n'importe quel Etat se trouvent en tant qu'individus sur le pied d'égalité avec les autres ressorrissants de cet Etat, mais exercent en tant que Cabinet ou d'Assemblée nationale une autorité supérieure incontestable sur ces mêmes ressortissants.

= Cf. par exemple : Charles Rousseau, Principes Généraux du Droit International Public, p. 6. Il trouve, comme d'ailleurs la plupart d'internationalistes, que les règles du droit international "sont consenties, non imposées".

57. Même dans les ordres juridiques internes, l'histoire du droit et l'éthnologie juridique nous montrent que le droit a existé, et existe encore, dans des sociétés moins fortement organisées que nos sociétés étatiques modernes. "L'on voit ainsi que le droit a préexisté à l'Etat et n'a pas de lien nécessaire avec l'organisation étatique". Cf. Marty et Raynaud, Tome I, op. cit., pp. 8 et 9.

58. Les Etats exerçant le directoire des affaires communes dans un certain domaine d'activités internationales ne sont pas forcément les mêmes en ce qui concerne les autres domaines.

La première générale et abstraite, lie tous les sujets du droit, et étant donné son caractère obligatoire erga omnes. ne peut avoir comme source formelle qu'un acte de nature législative imposé par une autorité supra-étatique représentant la communité internationale, l'accord volontaire entre tous les Etats faisant parties de la communauté interrationale étant d'ailleurs pratiquement impossible. Le droit — qu'il soit interne ou international—étant un ordre de contrainte, (55) ses régles ne peuvent en tous cas être édictées que par voie d'autorité (56).

---

55. Cf. Hans Kelsen, Théorie générale du droit international public, Problèmes choisis, R.C.A.D.I.,1932/4, t. 42, pp. 124 à 137 et surtout p. 132 et p. 133 où M. Kelsen précise que l' "opinion très répandue, suivant laquelle le droit interne s'appliquerait aux rapports de sujets inégaux hiérarchisés, le droit international à des sujets égaux, néglige le seul élément décisif en l'occurence : la hiérarchie entre la norme et ceux qui y sont soumis, qui est inhérente à tout ordre normatif... ... ... Il n'y a donc entre le droit international général et le droit interne que la différence suivante : celui-ci seul a des organes centraux. Mais on ne peut exprimer cette différence en disant que celui-ci (le droit interne) est un système de subordination, celui-la (le droit international) un système de coordination. De même on ne peut dire que les normes de droit interne sont les seules à avoir derrière elles une force garantissant leur observation, car cette force ne s'exprime que par la réalisation de la sanction ou par la conduite de l'homme qui évite la sanction. Or, ces deux manifestations se retrouvent dans l'ordre juridique international : seulement la force d'un ordre juridique interne se manifeste plus nettement par ses organes centraux que la force du droit international qui est, elle aussi cependant, une puissance juridique, consistant en l'efficacité de normes. Ce qui trompe, ici, c'est le dédoublement superflu, qui, derrière le droit interne pose l'Etat comme une entité distincte du droit (alors qu'il n'est que la personnification de ce droit). C'est là ce qui crée l'apparence d'une différence absolue entre droit interne et droit international. Car on dit : "derrière" le droit international, il n'y a pas d'Etat. Mais cela signifie que le droit international n'institue pas d'organes spécialisés et différenciés, que la communauté constituée par lui n'est pas si centralisée que la communauté juridique constituée par le droit interne nommé "Etat". Mais la communauté juridique constituée par le droit international existe dans le même sens (dans le sens figuré) «derrière» le droit international aussi bien que L'Etat "derrière" le droit interne.

... Si l'on considère au lieu de l'ordre la communauté qu'il constitue, la communauté internationale apparaît comme supérieure aux Etats particuliers, tout de même que l'Etat, en tant que collectivité, apparait comme supérieur aux individus. ... . Ce n'est que par l'absence d'organes centraux spécialisés, d'un législatif et d'un exécutif centraux, que l'ordre juridique international et la communauté du droit international diffèrent du droit interne et des Etats. La différence n'est pas de nature, mais seulement de degré, et le développement du droit international positif révèle une tendance marquée à effacer de plus en plus cette différence.".

56. Le point de vue que nous exprimons n'est guère partagé par la majorité de la doctrine.

Il peut, au contraire, avoir pour sujet (ou sujets) une personne (ou plusieurs) spécialement designée (s). C'est le cas de l'obligation : règle de conduite aussi impérative que la règle juridique, mais à l'inverse de la denière, individuelle et speciale.

C'est peut être le caractère impératif et obligatoire commun à ces deux catégories des règles qui est à l'origine de la confusion entre les deux concepts, dont la distinction nous parait pourtant plus que claire (54).

Cette confusion regrettable répandue dans la littérature juridique consacrée au droit des gens, n'a pas manqué d'entrainer une autre cofusion non moins dangereuse entre les sources du droit et les sources des obligations, qui constitue,à notre avis, l'élément essentiel de l'obscurité qui domine la matière.

Pourtant, le fait que l'une de ces deux règles de conduite se trouve par définition générale et abstraite, et que l'autre n'est que particulière et concrète, ne peut être négligé.

---

54. Cette "confusion" trouve cependant une remarquable justification théorique dans la pensée Kelsenienne qui ne fait pas la distinction entre les règles générales et les règles individuelles. D'après Kelsen, la continuité de l' ordonnancement juridique se développe par degrés. Les règles individuelles "dans le cadre des compétences que définissent les règles supérieures, viennent prolonger l'ordre juridique. Il en est ainsi des actes administratifs individuels, des décisions judiciaires, des contrats. Ces actes juridiques venant formuler la règle qui devra être suivie dans tel ou tel cas particulier sont sources de droit au même titre que les règles plus générales qu'elles développent et prolongent.". Si l'on accepte la conception Kelsenienne "toute distinction disparaît entre les sources du droit et les sources des obligations. Ces dernières ne sont que le prolongement des premières."

(Cf. pour l'exposé et la critique de la pensée Kelsenienne sur ce point: Marty et Raynaud, Tomee I, op. cit. pp. 211—212).

Cf. aussi pour le développement, detaillé de la pensée Kelsenienne :

Hans Kelsen, Théorie pure du droit, Traduction française de la 2ème édition de la «Reine Rechtslehre», par Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962.

Cf. aussi l'ariole publié par Kelsen dans les Archives de Philsophie du droit et de Sociologie Juridique, (1940) sur la théorie juridique de la convention, pp. 33—76.

le système juridique auquel celle-ci appartient" (52) on s'apercevrait que le droit des gens a bien connu sous la technique des lettres de représailles pratiquée jusqu'à la fin du 18ème siècle (53), des procédés d'engagement (obligatio) d'une personne (obligatio personae) ou d'une chose (obligatio rei) n'impliquant pas la création concomitante d'une dette. D'autre part, l'on pourrait logiquement soutenir, que certaines "obligations" que créent les traités internationaux ne presentaient à vrai dire que le seul élément "Schuld", compte tenu de l'inexistence d'une vraie sanction garantissant la dette contractée.

La question méritant, en tout cas, d'être soigneusement examinée afin d'éviter toute conclusion hative ou anticipée, ferait l'objet d'une autre étude que nous esperons prochainement publier.

5. *Vers Une Distinction Entre L'Obligation et la Règle Juridique en Droit International Public.*

L'impératif comme nous l'avons précisé peut être soit général, soit individiuel. Il peut avoir pour sujets toutes les personnes se trouvant dans certaines conditions objectivement déterminées. C'est le cas de la règle de droit : règle de conduite impérative, générale et abstraite.

---

52. Cité par Comparato, op. cit., p. 17.

53. Les dernières lettres de représailles datent de la fin du 18e siècle. En 1778, le gouvernement français accorda des lettres de représailles à deux de ses sujets dont les navires furent saisis par les Anglais. En 1793, un certain Marseillais réussit à obtenir une lettre de représailles contre Gênes,

Il est, en tous cas, certain qu'actuellement l'octroi des lettres de représailles serait incontestablement illégitime. Cf. sur les représailles en général :

Ernest Nys, Les origines du droit international, Thorin & Fils, Paris, 1894, p. 63 et s.

Sir Jeaffrey Bulter and Simon Naccoby, The development of International Law, Longmans, Green and Co. Ltd., London, 1928, p. 174 et s.

Clyde Eagleton, The responsability of States in international Law, New York University Press, 1928, p. 16 et s.

Georg S chwarzenberger, The Frontiers of international Law, Stevens & Sons Limited, London, 1962, p. 101, et s.

Cf. surtout notre thèse : "Les perspectives d'une responsabilité internationale sans acte illicite", Thèse, Paris, 1964, p. 8 ets.

relation de devoir-avoir ayant pour objet une prestation''(49). Pour le débiteur ce devoir n'est que la dette : le devoir d'accomplir la prestation (Leistensollen). Pour le créancier, c'est le devoir de recevoir la prestation qu'il a en même temps que le droit de recevoir (Bekommensollen).

Le deuxième élément (Haftung en Allemand, Obligatio en Latin) n'est qu'un rapport de responsabilité. "Il désigne en effet la garantie dont jouit le créancier, c'est-à-dire la personne, la chose ou les choses qui repondent du debitum, qui en garantissent l'exécution ou, si l'on veut, le pouvoir de contrainte que le créancier peut exercer sur la personne ou sur les biens en vue d'obtenir sinon l'exécution de la prestation du moins une satisfaction équivalante'' (50).

L'ancien droit germanique, ainsi que l'ancien droit romain ne connaissaient pas "au début, de coexistance nécessaire du rapport de responsabilité. On trouverait non seulement des dettes non garanties, mais aussi des responsabilités sans dettes.''.

Les deux éléments de l'obligations étaient en effet complètement independants l'un de l'autre. "Deux actes distincts étaient nécessaires à leur création. Il n'y avait pas au début de responsabilité légale, découlant directement de la naissance d'un devoir. Puis, on aurait établi à l'encontre du débiteur récalcitrant une sanction pénale; celui qui ne s'acquitte pas de ses dettes aurait été considéré comme un délinquant et sujet de ce fait à une mesure de bannissement. Ce n'est que beaucoup plus tard qu'on aurait crée une responsabilité privée, découlant directement de la dette, d'abord pour certains cas spéciaux, et puis d'une façon générale.''(51).

Si l'on acceptait la thèse d'Amira d'après laquelle "l'analyse dualiste de l'obligation était une nécessité de l'esprit, car elle correspondrait à l'essence même de l'objet étudié'' et par conséquent, "pouvait et devait s'appliquer à n'importe quel type d'obligation, quel que soit

---

49. Cf. Comparato, op. cit., p.12.

50. Cf. Marty et Raynaud, Droit Civil, Tome II, op. cit., p. 9..

51. Cf. Comparato, op. cit., p.13.

conditions objectivement determinées. C'est le cas de la règle de droit : règle de conduite impérative, générale, et abstraite. Il peut, au contraire avoir pour sujet (ou sujets), une personne (ou plusieurs), spécialement désignée (s). C'est le cas de l'obligation : règle de conduite aussi impérative que la règle juridique, mais à l'inverse de la dernière, individuelle et particulière.

Analysant la notion de l'obligation, l'on ne saurait négliger d'attirer l'attention du lecteur sur les possibilités interessantes que pourait offrir la transposition éventuelle au droit des gens de la conception dualiste de l'obligation (41).

S'inspirant des travaux de Brinz (42), de Cornil (43). de Marachi(44) et de Pacchioni(45), consacrés au droit romain, et de ceux de Amira(46), et de Gierke (47), consacrés à l'ancien droit germanique, les tenants(48) de cette théorie analysent l'obligation en deux éléments. Le premier (Schuld en Allemand, debitum en Latin) n'est essentiellement qu'"une

---

41. Cf. sur la conception dualiste de l'obligation en général :
Fabio Konder Comparato, Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé, Dalloz, Paris, 1964.

On trouve aussi un resumé fort clair de la doctrine dualiste de l'obligation dans la thèse du Prof. Abdel-Moneim El-Badrawi (Le Caire - 1950, en Arabe).

42. Cf. essentiellement son article intitulé "Der Begriff Obligatio", publié dans Zeitschrift für das privat und offentliche Recht der Gegenwart, editée par le Dr. C. S. Grunhut, vol I, 1874, p. 11—40, resumé par Comparato, op. cit., pp.4 — 11.

43. Cf. ces articles cités par Comparato, op. cit., p. 14 note 55, et surtout son article "Debitum et obligatio", Mélanges Girard, Paris, 1912, t. I, p. 199 ect s.

44. Cf. son ouvrage : Storia e concetto della obligazione romana, Roma 1912, 2 Vol.

45. Cf. son "Concetto et origini dell'obligazione romana", appendice I au permier volume de la traduction italienne del'Obligationerecht de Savigny, 1912, p. 488 et s., cité par Comparato, op. cit., p. 14, note 54.

46. et 47. Cf. les ouvrages de Amira et de Gierke citée par Comparato, op. cit., p. 11 note 40—41.

48. Cf. les noms et les ouvrages des juristes partisans de la théorie dualiste dans Comparato, op. cit., pp. 16 et 17 (Note 65).

C'est cette distinction entre les sources de la règle du droit et celles de l'obligation qui dominerait les reflexions que nous présentions à nos lecteurs.

4. *Le Contenu Juridique de la Notion de l'Obligation*

L'obligation est généralement définie par les civilistes en tant que "une institution juridique en vertu de laquelle une personne, appelée débiteur, est tenue envers une autre, appelée créancier, d'une prestation positive ou d'une abstention." (36). C'est, en effet, "un lien de droit entre deux personnes, par lequel l'une est astreinte envers l'autre à faire ou à ne pas faire quelque chose" (37),.

Etant donné qu'en général "tous les effets juridiques particuliers et individuels, se prêtent mal à une inclusion dans le droit objectif, à raison même de leur manque de généralité, et relèvent plutôt de l'application de la règle objective", (38) "il sera utile de faire remarquer que l'imperatif général s'individualise necéssairement au moment de son application" (39) afin de préciser que ce "lien de droit entre deux personnes" n'est, à vrai dire, qu'une espèce du genre de l'impératif juridique individuel. L'obligation en effet "d'une part, lie une personne, c'est-à-dire est un impératif individuel, et, d'autre part, profite directement à une autre personne,limitation nouvelle qui la réduit à n'être qu'une catégorie spéciale parmi les impératifs juridiques individuels",(40)

L'impératif, en effet, peut être soit général, soit individuel. Il peut avoir pour sujets toutes les personnes se trouvant dans certaines

---

= Le Professeur Strupp, tout en reconnaissant la possibilité théorique de l'existence d'une règle du droit international vraiment universelle, trouve que "abstraction faite de ces rares exceptions; il est vrai de dire que le droit des gens ne comprend que des normes coutumières particulières." (p. 318).

36. Marty et Raynaud, Droit Civil, tome II, 1er Volume (Les obligations), Sirey, Paris, 1962, p. 7.

37. René Capitant, L'illicite, tome I, L'impératif juridique, op. cit., p. 65.

38. Marty et Raynaud, op. cit., p.17.

39. René Capitant, op. cit., p. 59.

40. Cf. René Capitant, op. cit., p. 65.

leurs plus ou moins complète suivant l'état de développement juridique de la société dans laquelle le droit va jouer,,(32).

Emile Giraud se trouve plus catégorique que Basdevant en affirmant que "le droit est essentiellement constitué par des règles qui ont pour caractère d'être générales, impersonnelles et obligatoires"(33).

Georges Scelle adopte — nous parait-il - le même point de vue en declarant dans ses "reflexions hétérodoxes sur la technique de l'ordre juridique inter-étatique", que "l'élaboration de la règle de droit", n'est que la "détermination par voie générale et abstraite du contenu et de l'exercice des compétences" (34).

A notre avis, la règle de conduite internationale ne peut être qualifiée "règle du droit" à moins qu'elle ne soit générale, abstraite, impérative et obligatoire. Dès lors on ne saurait qualifier "sources du droit" que celles capables de créer de telles règles. Les soi-disant sources du droit n'ayant que la capacité de créer de règles relatives ou particulières ne sont à vrai dire que des sources des obligations et pas du droit (35).

---

(32) Cf. Jules Basdevant, Règles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I., 1936/4, t. 58, p. 478.

Cf. aussi : le chapitre premier de cette étude magistrale intitulé "Conception Universelle et relativisme en droit international". pp 484 — 496.

(33) Emile Giraud, le droit positif, ses rapports avec la philosophie et la politique. Mélanges Basdevant, Editions A. Pedone, Paris, 1960 p. 213.

(34) Georges Scelle, Quelques reflexions hétérodoxes sur la technique de l'ordre juridique inter-étatique. Mélanges Basdevant, p. 474.

(35) Il faut cependant signaler que d'après certains internationalistes la règle du droit international ne peut être que particulière et relative.

Cf. en ce sens Triepel, Droit International et droit interne, traduction française, Paris, 1920, p. 82 et 183, cité par Jules Basdevant, op. cit., p. 478.

Selon Triepel, "la sphère d'application des règles de droit international se limite aux Etats qui les ont reconnues: au sujet de chaque règle se constitue une communauté juridique particulière, composée des Etats qui ont reconnu cette règle, mais il n'y a pas de communauté juridique s'étendant à tous les Etats, parce qu'on ne peut établir l'existence de principes juridiques internationaux dérivant d'un accord auquel tous les Etats auraient participé. Triepel éstime donc qu'il existe un partikulares Völkerrecht, non un allegémeines Völkerrecht" (Cf. Basdevant. p. 487).

Cf. aussi Karl Strupp, Les règles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I., 1934/1, t. 47.

astreignent ou peuvent astreindre, ceux bui sont justiciables de cette règle"(28). En cas de néconnaissance de la règle "des sanctions pourront être mises en mouvement en vue de contraindre à l'exécution"(29). C'est en effet ce caractère qui différencie la règle du droit des autres règles de conduite sociale (règles de la religion, de la morale, de la courtoisie...) "Le propre de celles du droit est qu'elles ne sont pas conditionnelles, mais impératives. Elle ne sont pas enoncées de façon à laisser quant au but à atteindre une liberté de choix et à faire varier les moyens suivant le but choisi. Au lieu de dire "Si vous voulez obtenir cela, faites ceci", elles disent "Faites ceci sinon vous subirez la saction que voici" (30).

La règle du droit ne peut être donc conçue qu'en tant de règle de conduite générale, abstraite, impérative et obligatoire, destinée a assurer le maintien de l'ordre et la paix dans la societé et garantie par l'intervention eventuelle de sanctions.

Malgré notre opposition à toute transposition systèmatique au droit des gens des concepts du droit interne, — l'étude du droit international devant être envisagée à partir d'une technique juridique particulière inspirée par l'originalité frappante de la societé internationale(31) —nous sommes d'avis que la conception ainsi précisée de la règle juridique vaut aussi bien en droit international qu'en droit interne.

C'est d'ailleurs l'avis de plusieurs autorités du droit des gens. D'après le professeur Jules Basdevant le droit n'est qu'un "ensemble de règles de conduite destinées à assurer, dans une société donnée, l'ordre et la justice en limitant l'action des hommes et, corrélativement, en protégeant leurs intérêts légitimes. Il atteint cette fin par la force d'application dont il est investi. Le droit positif se caractérise précisèment par le fait qu'il est revêtu d'une force d'application, force d'ail-

---

(28) Cf. Paul Amselek, Méthode Phénoménologique et théorie du droit, Bibliothèque de Philosophie du droit, Librairie Générale de droit, et de Jurisprudence, Paris, 1964, p. 225.

(29) Cf. Marty et Raynaud, op., cit., p. 7.

(30) Cf. K. Stoyanovitch, op. cit., p. 80.

(31) Cf. sur la thechnique juridique du droit international en général : Charles Rousseau, Principes, généraux du droit international public, Edition A. Pedone, Paris, 1944, pp. 75 — 104.

Ce caractère de généralité, garantie efficace et exemplaire, de l'égalité entre les sujets du droit (22), constitue en effet une nécessité imposée par la nature des choses. "La norme juridique, devant servir de base au réglement des rapports futurs, ne peut être établie que de manière générale. La norme doit préceder le cas, et si elle doit précéder, elle doit nécessairement faire abstraction des éléments accidentels, dont le cas s'accompagne chaque fois. On peut donc dire que la sûreté de la norme juridique a pour condition le rigidité de la norme" (23). La règle du droit, étant générale procède, en effet, "par abstraction, par fixation de types; c'est-à-dire se rapporte à toute une classe, ou série de cas en nombre indéfini, et non à des personnes ou à des rapports considérés individuellement" (24).

"Pour qu'il y ait droit, il faut qu'il y ait une certaine abstraction, généralisation, synthèse par rapport aux faits... ... ... Le droit ne peut s'appliquer que s'il y a une certaine dépersonnalisation du participant au phénomène juridique. Le droit est finalement toujours une règle objective. Il détermine des situations, des comportements des attitudes qui sont toujours objectivées ou objectivables".(25).

Malgré l'importance théorique et pratique du caractère "général" de la règle du droit, sa fondametale caractéristique n'est, à notre avis, que son caractère impératif (26) et obligatoire garantie par l'intervention éventuelle de sanctions" (27). La règle juridique est essentiellement "une règle au respect de laquelle des actes de contrainte exterieurs

---

(22) "Etant générale, la règle juridique sera la même pour tous et par suite égalitaire;"

Cf. Marty et Raynaud, op. cit. p. 52.

(23) Georges Del Vecchio, Philosophie du droit, Traduction de J. Alexis D'Aynac, Dalloz, Paris, 1953, p. 281.

(24) Georges Del Vecchio, op. cit. p. 280.

(25) Cf.J. Ellul, Sur l'artificialité du droit et le droit de l'éxception, Archives de Philosophie du Droit, No. 8, Sirey, Paris, 1963, pp. 24 et 25.

(26) Cf. René Capitant, L'Illicite, Tome I : L'impératif juridique, Dalloz, Paris, 1929, p. 55 et s.

(27) Marty et Raynaud, op. cit., p. 7.

et munie pour le cas de non-observation d'une sanction organisée et materielle". (17). Cette "règle de vie ... doit être suivis obligatoirement par tous afin que l'ordre et la paix régnent dans la societé"(18). Sa raison d'être n'est en effet, que "le besoin d'établir et de maintenir un ordre dans la societé, afin que les membres de la dite societé puissent vivre exterieurement dans la paix"(19).

La règle juridique se présente toujours "comme une règle générale et abstraite : elle n'est pas faite pour un individu ou pour un acte; elle est faite pour tous, ou du moins pour tous les individus ou tous les actes rélèvant d'une certaine situation, d'une catégorie abstraitement définie"(20)

La règle du droit ainsi conçue présente par elle-même le caractère de généralité. Cette généralité "se reconnait au caractère abstrait de la règle, qui est nécessaire pour son application dans l'avenir. (21).

= Claude Du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 3ème édition, Delachaux & Niestle, Neuchâtel (Suisse), 1948, p. 89 et s.

Georges Del Vecchio, Philosophie du droit, Traduction de J. Alexis D'Aynac, Dalloz, Paris, 1953, p. 279 et s.

Cf. aussi : Réné Capitant, L'illicite, Tome I, L'impératif Juridique, Dalloz, Paris, 1929.

Paul Amselek, Méthode Phénoménologique et théorie du droit, Bibliothèque de Philosophie du droit, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1964, Chapitre II, du Titre Premier : "La juridicté en tant qu'essence spécifique du phènomène juridique." pp.- 217 — 357.

Georges Ripert, Les Forces Créatrices du Droit, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1955, p. 307 et s.

(17) Cf. K. Stoyanovitch, Ya-t-il une science du droit ? Contribution à l'épistémologie générale. Archives de Philosophie du droit, Sirey, Paris, 1959 (Droit et Histoire), p. 80.

(18) Cf. Georges Ripert, Les forces créatrices du droit. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1955, p. 308.

(19) Cf. K. Stoyanovirch, op. cit., p. 80.

(20) Cf. Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit Civil, Tome I, Sirey, Paris, 1961, p. 7.

(21) Le législateur ne sait pas à l'avance quels sont ceux auxquels la loi s'appliquera. Ceux là se détermineront eux-mêmes par leurs actes ou par leurs faits. Ils se placeront ainsi volontairement ou non sous l'application des lois.

Cf. Georges Ripert, op. cit., p. 315.

Cette confusion regrettable entre "la règle juridique" et "l'obligation", n'a pas manqué à entrainer une autre confusion non moins dangereuse entre les sources de la règle juridique internationale proprement dite et celles de l'obligation internationale.

L'étude serieuse de la question ne peut être, à notre avis, clairement entreprise sans être nécessairement précedée d'une détermination précise du vrai sens de chacune de ces deux notions si dangereusement confondues chez les internationalistes qui nous avaient précédé à étudier ce problème.

Dès lors, nous nous proposons de consacrer cette introduction sommaire à la précision de la vraie conception juridique de ces deux notions, avant de présenter au lecteur nos reflexions sur les sources de chacune de ces deux catégories des règles de conduite internationale ayant le caractère obligatoire.

3. *Les Caractéristiques de la Règle de Droit* :

Il est généralement admis dans la litterature abondante consacrée à la théorie générale du droit(16) que la règle du droit n'est qu'une "regle de conduite" générale, abstraite et obligatoire, destinée à régler la conduite des sujets de droit "dans leurs rapports avec leurs semblables

---

= lui "Il y a des règles qui n'ont pas une sphère de destinataires délimitée, parce qu'elles s'adressent à tous les sujets de l'ordre international, ou, en tout cas, à des sujets qui ne sont pas déterminés dans leur individualité. Ces règles constituent ce que l'on appelle le droit international général ou commun. D'autres règles sont au contraire, de droit particulier, parce qu'elles ont une sphère de destinataires plus ou moins large, mais toujours bien determinée" (p. 472).

Morelli constate avec raison que "les règles du droit international qui, en égard à la sphère des destinataires, ont le caractère de régles générales, sont aussi, en même temps, abstraites" (p. 474), et que "les normes de droit particulier, au contraire, peuvent être soit abstraites soit concrètes". (p. 475). Néanmoins il qualifie ces dernières de vraies règles de droit, malgré leur caractère concret (p. 475) et déclare que "dans l'ordre international, le droit particulier l'emporte, au point de vue quantitatif, sur le droit général". (p. 373),

(16) Cf. Henri Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, Pédone, Paris, 1925, p. 27 et s.

Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit Civil, Tome 1, Sirey, Paris, 1961, p. 5 et s. =

La vraie raison de cette obscurité ne réside essentiellement, à, notre avis, que dans la confusion complète, consciemment ou inconsciemment entretenue dans la doctrine du droit international entre la notion de la "règle juridique" et celle de "l'obligation" (15) pourtant très facile à distinguer

---

= Cf. aussi Roberto Ago, Science juridique et droit international, R.C.A.D.I., 1956/2, t. 90. D'après Ago, le pretendu problème du fondement de la "juridicité" de l'ordre juridique international, auquel "les juristes ont dédié tant d'efforts ingénieux autant que stériles", "doit être tout simplement éliminé du cadre de ceux qui forment d'objet de la science du droit, car it n'est que l'amère conséquence d'une application de conceptions théoriques scientifiquement non fondées" (l'étatisme juridique) (p. 953).

Il affirme, non sans raison, "qu'au sein de la communauté internationale, tout comme dans n'importe quelle autre société humaine, se révèle la présence de règles qui possèdent tous les aspects typiques qui les font qualifier de juridiques par la science du droit, et qui agissent dans la manière qui est propre des règles juridiques, est une donnée, d'expérience évidente.

Que ces règles forment, dans leur ensemble, un système organique et unitaire, est aussi un fait indeniable. Après quoi, vouloir mettre en question la "juridicité" du droit international serait tout simplement anti-scientifique". Seul l'emploi de notions fausses à l'égard du caractère méme de la juridicité, seule l'intervention d'idées préconçues, et de déformations non scientifiques du concept du droit ont pu être la cause des doutes qu'on a vu poser à cet égard (p. 951). La conclusion d'Ago nous parait tout à fait exacte. Il trouve qu "Un ordre juridique est une réalité objective dont l'existence se constate dans l'histoire, et au regard de laquelle la tâche, que l'on a,· est de la connaitre, et non pas de la "fonder" sur des faits ou sur des principes idéaux. L'existence de l'ordre juridique international en particulier, est une donnée qui ne peut se trover demontrée qu'à la suite d'un examen scientifiquement objectif de la réalité empirique. Mais une fois que cet examen a permis de l'établir comme vraie, valoir nier ou même seulement confirmer une telle donnée sur la base de prémisses de quelque nature que ce soit, c'est se placer hors du terrain de la science juridique".

C'est d'ailleurs l'opinion de Balladore Pallieri dans son "Diritto Internazionale pubblico" 5ème. éd. 1948, p. 13 et s. (Cité par Rolando Quadri, op. cit. p. 619 note 1).

D'après le célébre internationaliste Italien : "en disant qu'un ordre juridique donné est positif, on indique un pur fait : soit le fait que les règles qui composent cet ordre sont observées par les sujets , ... Mais la raison pour laquelle ce système est obligatoire ne peut être trouvée, par le juriste qui doit partir forcement et d'une façon axiomatique de l'existence de certaines règles juridiques dont la valeur obligatoire ne peut pas constituer l'objet d'une demonstration mais au contaire de simple présuppositon.". (La traduction de l'Italien est celle du Professeur Quadri).

(15) Cf. par exemple Gaetano Morelli, Cours général de droit international public. R.C.A.D.I., 1956/1, t. 89, p. 472 et s.

Morelli fait la distinction entre deux catégories des règles de droit international, à partir du critère relatif "à la sphère des destinataires des règles de droit",D'après=

Le fait que "l'étude des sources du droit international est en étroit rapport avec la conception de la nature du droit international en général", et que "cette conception se reflète fidelement dans le choix des sources dont on croit pouvoir la déduire"(12), n'est pas étranger à cet etat de confusion.

La doctrine se trouve en effet, depuis toujours et jusqu'à nos jours, amèrement divisée en ce qui concerne la nature du droit international et le fondement de son caractère obligatoire(13), un problème que nous considerons essentiellement métajuridique, et dès lors, n'hesitons pas à eliminer de la théorie générale du droit international public.(14).

---

(12) Cf. G.A. Finch, op. cit. p. 535, et H. Lauterpacht, Règles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I., 1934/4, t. 62, p. 149 et s.

(13) La littérature consacrée à cette question est très abondante. Cf. par exemple : Mis Alessandri, le droit international public — Les doctrines, Editions A. Pedone, Paris, 1941.

Roberto Ago, Science juridique et droit international, R.C.A.D.I. 1956/2, t. 90, pp 849 — 955.

James Leslie Brierly, Le Fondement du Caractère obligatiore du droit international, R.C.A.D.I., 1928, t. 23 (La version originale de ces cours fut publié en 1958 at the clerendon press (Oxford) sous le titre : "The Basis of Obligation in International Law.").

Micrea D. Juvare, Le fondement de l'ordre juridique positif en droit international, R.C.A.D.I., 1938/2, t. 64, pp 485 — 625.

Rolando Quadri, le fondement du caractère obligatoire du droit international public. R.C.A.D.I., 1952/1, t. 80, pp 583 — 631.

Antonio Truyol, Doctrines contemporaines du droit des gens, R.G.D.I.P., 1950, pp 369 — 416.

Alfred Von Verdross, Le Fondément du droit international, R.C.A.D.I., 1927/1, t. 17.

(14) C'est en effet l'avis de plusieurs auteurs d'une autorité incontestable. Cf. Karl Strupp, Les règles générales du droit de la paix, R.C.A.D. I., 1934/1, t. 47. D'après lui "le fondement du droit international est préjuridique" (p. 300) étant donné que "ce n'est pas dans la sphère juridique que l'on pourra trouver le dernier fondement de la force obligatoire du droit : le devoir d'obéir à un droit a du exister nécessairement et logiquement avant la création du droit même." Donc " La sphère du droit ne suffit pas pour expliquer son caractère obligatoire vis-à-vis de ceux auxquels il s'adresse" (p. 299).

C'est parait-il l'avis de Kelsen, dans son ouvrage Haupt-problème, p. 50 et suiv. (Cité par Strupp, op. cit. p. 299) quand il qualifie la nature métajuridique de la naissance du droit comme un "mysterium juridique". =

Les sources materielles, étant essentiellement de nature extra-juridique, et dès lors échappant au domaine des recherches juridiques, nous ne nous occuperons en principe que des sources formelles, le juriste ne devant "lorsque'il fait du droit, sortir de son domaine propre, sous peine de faire mal son métier;"(9).

La réalité des sources créatrices ne doit être cependant systèmatiquement ignorée. Nous l'étudierions chaque fois qu'elle nous paraissait neçessaire à la compréhension de la source formelle engendrant la règle que nous aurions à examiner(10).

2. *La Complexité du Probléme* :

Malgré l'importance primordiale que révet l'étude de la théorie générale des sources du droit international public, et malgré les contributions que lui consacrèrent plusieurs générations des internationalistes de premier ordre, "nulle part la confusion n'est plus grande, et dès lors, la clarté plus necessaire"(11).

---

(9) Cf. Emile Giraud, op. cit. p. 213,

(10) Giraud trouve, non sans raison, que "suivant une tendance imperialiste souvent inconsciente, les specialistes d'une discipline, sont parfois inclinés à annexer le domaine du voisin. Cette tendance est facheuse, car le domaine annexé se rélève inassimilable en même temps qu'il est mal compris et mal traité. Que personne ne fasse le métier du voisin, en croyant faite le sien. Il est sans doute bon que certains fassent plusiers metiers, mais c'est à la condition qu'ils les distinguent et qu'ils les fassent convenablement. D'un juriste sociologue, les juristes disaient : "C'est peut-être un bon sociologue, mais ce n'est pas un bon juriste", tandis que les sociologues disaient : "C'est sans doute un bon juriste, mais c'est un mauvais sociologue."

Mais, s'il ne convient pas d'annexer le domaine du voisin, il ne convient pas davantage de l'ignorer et de méconnaitre son intérêt comme si les phénomènes que l'on étudiait formaient un mode complétement à part séparé par un immense vide des autres phénomènes sociaux. Sans doute le droit est très different de la philosophie et de la politique, mais celles-ci engendrent le droit. A moins d'être bornés, des juristes ne peuvent pas ne pas s'en rendre compte, mais ils peuvent perdre de vue l'importance de cette parenté".

Cf. Emile Giraud, op. cit. p. 235.

(11) Cf. J. de Louter, Het Stellig. Volkenrecht (La Haye 1910) T.1. p. 42 de la traduction publiée à Oxford en 1920., Cité par George A. Finch, Les sources modernes du droit international, R.C.A.D.I., 1935/3, t. 53, p. 535.

l'attention du lecteur sur le fait que "l'expression de sources du droit est communément employée dans deux acceptions différentes" (3). Malgré l'ambiguité de la question, la distinction se trouve en effet bien établie entre les sources formelles et les sources matérielles du droit(4).

Par "sources formelles", il faut entendre "les modes de formation des normes juridiques, c'est-à-dire les procédés et les actes par lesquels ces normes accédent à l'existence historique : s'insèrent dans le droit positif et acquièrent validité" (5).

Les sources matérielles sont consituées par les idées et les valeurs qui ont inspiré la règle de droit. "Cette source est extrajuridique. Elle relève de la philosophie(6) et de la politique(7)" (8).

---

(3) Cf. Michel Virally, op. cit. p. 148.

(4) Cf. par exemple :

Gaetano Morelli, Cours général de droit international public, R. C. A. D. I., 1956/1, t. 89, p. 450 —— Dionisio Anzilotti, Cours de droit international, Traduction française par Gilbert Gidel, Sirey, Paris, 1929, p. 67, Georges Scelle, Manuel de droit international public, Editions Domant-Montchrestien, Paris, 1948, pp 9 — 10. Louis Delbez, les principes généraux du droit international public, L.G.D.J., 3ème édition, 1964, p. 44 Paul Reuter, Droit International Public, collection Thémis, P.U.F., Paris, 1958, Paris, p. 28.

James-Leslie Birerly, Régles générales du droit de la paix, R.C.A. D.I., 1936/4, t. 58, p. 69.

Paul Heilborn, les sources du droit international R.C.A.D.I., 1926/1, t.1, p. 11 et s.

Cf. aussi Erich Kaufmann, Règles générales du droit de la paix, R.C.A.D.I., 1935/4, t. 54, p. 491 et s.

(5) Cf. Michel Virally, op. cit. p. 148.

(6) Par le terme "philosophie" nous entendons : les opinions, les croyances, les idéaux, les aspirations qui animent plus ou moins la vie d'une certaine société et sur lesquels repose son organisation. "La philosophie ainsi entendue ne se confond pas avec l'ensemble de la philosophie telle qu'elle est cultivée et enseignée et dont les diverses branches sont la psychologie, la logique, la morale, la metaphysique et la sociologie. Cependant ses éléments relèvent de ces diverses disciplines, particulièrement des trois dernières. Cette philosophie ainsi entendue n'est pas une théorie, c'est un fait, une chose vécue.".

Cf. Emile Giraud, op. cit. p. 227-228.

Notons aussi que "si l'influence de la philosophie d'une société sur son droit est très grande, il reste que la philosophie et le droit qui en procède, ne s'identifient pas. Leurs caractères sont différents. La Philosophie est une pensée, une attitude de l'esprit et de la sensibilité. Le droit lui, est un système de règles diverses et précises qui sont construites selon une technique particulière".

Cf. Emile Giraud, op. cit., p. 230,.

(7) Pour la définition de la notion de "politique" Cf. Maurice Duverger, Sociologie Politique, Collection Thèmis, Presses Universitaires de France, Paris, 1966, pp. 13 et s. Georges Burdeau, Méthode de la science politique, Dalloz, Paris, 1959, pp. 65 et s, et surtout : Julien Freund, L'Essence du Politique, Sirey, Paris, 1965.

(8) Cf. Emile Giraud, op. cit. p. 213.

QUELQUES RELFEXIONS METHEDOLOGIQUES
SUR
LES SOURCES DE LA REGLE DE CONDUITE OBLIGATOIRE EN. DROIT INTERNATIONAL PUBLIC (*)

Par

MOHAMED SAMI ABDEL HAMID

Chargé de Cours à la Faculté de Droit d'Alexandrie

1. *Les Deux Conceptions de la Notion de* " Sources ".

Le rôle du juriste étant essentiellement d'expliquer, d'interpréter et de rendre plus claires et accessibles les règles du droit positif(1), l'on ne saurait s'aventurer dans ce Labyrinthe de la théorie des sources de la règle de conduite obligatoire en droit des gens(2), sans attirer

---

* Le présent article reproduit intégralement, ou presque, l'indroduction, un cours de Doctorat pofessé par l'auteur à la Faculté de Droit d'Alexandrie sous le titre: les sources de la règle de conduite obligatoire en droit international public.

(1) "Le droit positif." n'est à notre sens que le droit en vigueur, ou le droit effectivement appliqué dans une certaine société.

Cf. Emile Giraud, le droit positif, ses rapports avec la philosophie et la politique. Mélanges Basdevant, Pedone, Paris, 1960, p. 216 et s.,

Cf. aussi Michel Virally, La pensée juridique, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960, pp. 137 — 147.

D'après le Professeur Virally "Effectivité et validité représentent,.. les deux idées par lesquelles se définit le droit possitif" (p. 137).

C'est d'ailleurs l'avis de Georges Scelle. D'après lui, le droit positif n'est que "l'ensemble des règles sociales en vigueur à un moment donné, dans une socitété donnée".

Cf. Georges Scelle, Précis de droit des Gens, Sirey, Paris, 1932, Première Partie, p. 5.

(2) Par l'experession "règle de conduite obligatoire", nous entendons à la fois : la règle juridique, règle de conduite obligatoire générale et abstraite; et l'obligation : règle de conduite obligatoire particulière et concrête,

Cf. Infra p. 6 et s,

pragmatic utility to the world as one of the main sources of modern international law is the general principles of law as applied in civilized nations. The place of Islam among the great legal systems of the world is universally recognized by the fact it is presented by a judge in the International Court of Justice. It is laudible, before we terminate our presentation, to call for dedicating to the Islamic world a seat on the Security Council of the United Nations as well.

With the notions of peace and war in mind, it is normal that the Islamic theory should enshrine the principle of neutrality as well.

In fact, the Arabs, even in pre-Islamic history, exercised the practice of neutratlity and referred to it by the word *itizal.* "so, if they hold aloof from you, and wage not war against you and offer you peace, Allah alloweth you no way against them". (V. IC : 90).

In vouching for the admissibility of the notion of neutrality in the Islamic legal theory, we can cite two more verses. The first verse testifies to the possibility of an Islamic state being in a state of neutrality in a war among other Muslim states. The relevant verse reads : "and if two parties of believers fall to fighting, then make peace between them". The second verse runs as follows : "The alms are only for the poor and the needy, and those who collect them and those whose hearts are to be reconciled." (V. IX : 60) "Those whose hearts are to be reconcilled" could be reconciled in time of war. Reconcilation in this case is nothing but convincing non-Muslims to take a neutral position in a war which Muslims undertake.

Epilogue :

In fact what we term today the orthodox Islamic theory of law could be said to have started with the second century A.H. This theory represents an idealization that never met with full practical expression, a fact which deprives the classical doctrine of much of its pragmatic value. Actually, the central problem facing a commentator on Islamic law is : what is the true meaning and right commands of the *Shariah.* God only knows best what He reveals. Thus, the task of Muslim jurists is to discover and understand the genuine injunctions of the Revelation. And so, when we commented on the classical doctrine we did not seek at all to accuse classical writers of being unscrupulous. We only intended to emphasize that their theory is, by no means, sacrosanct since it is speculative and inevitably influenced by environmental conditions.

We trust that our study which, to the best of our capacity is unprejudiced, will induce those who seek the truth to contribute to its more profound elucidation and substantiation. This will be of most

idea. Under Article 4 the membership in the United Nations is open to peace-loving states "which accept the obligations contained in the present Charter ..." Thus, the adherence to certain principles is a necessary condition for endowing the qualification of member on a state according to the Charter.

As to the place of peace in Muslim international law, we have pointed out before that Islam considers peace as the normal state of international community. The verses imply that the division of the world is meant to be a cause for competition in good works, or if we use the words of the Charter of the United Nations "to practice tolerance and live together in peace with one another as good neighbours, and—— to employ international machinery for the promotion of the economic and social advancement of all people.." "O Mankind Lo! We have created ye male and female, and have made you nations and tribes that ye may know one another. Lo! the noblest of you, in the sight of Allah, is the best in conduct..." (V XLIX : 13).

Islam not only advocates peace but also condemns serious causes that may endanger peace. In line with this policy, Islam condemns domination. The incident of Pharaoh and his abusive treatment of the people of Israel is a telling example to show that Islam hates nations being dominated or oppressed by others. Islam favours economic development only when it is based upon the exploitation of a country's own resources and on equitable sharing with others of the bounties wich God has provided for each people. This admonition is referred to in the following verse:"And strain not thine eyes toward that which we cause some wedded pairs, among them, to enjoy, the flower of the life of the world. that we may try them thereby ..." (V. XX : 131) In pursuance of the same idea, Islam prohibits stronger states to behave in arrogance towards the weaker. This principle is expressed by the verse : "O ye who beliveve let not a folk deride a folk who may be better than they (are)". (Ç XLIX : 11). The obligatory character of Muslim international law is based on its divine origin. Hence, Islam combines the rule of law to that of morals in a balanced way that engenders a better juridical international society more able to cope with needs of the development of international law."It is most hateful in the sight of Allah that ye say that which ye do not." (V. LX1 : 3).

Islam, consequently, insists on trying to settle international disputes by peaceful means and only tolerates war for ideological ends whenever it is dictated by offensive necessities.

The Islamic injunction stresses the respectability of treaties and emphasizes the principle *pacta sunt servanda*. Any breach of a treaty is an unforgiveable sin since it is also a renouncement of an obligation towards *Allah*. It might be argued that this attitude is inconsistent with the classical theory that tolerates unilateral repudiation of a treaty as a result of changed conditions. In fact this theory is rather an early expression of what we term today as the *Clausula rėbus sic stantibus*.

We believe that the basis of the Islamic theory of equality is laid by the verse : "Say : 0 people of the Scripture come to an agreement between us and you ; that we shall worship none but Allah and that we shall ascribe no partner unto Him, and that none of us shall take others for lords beside Allah ....." (V.III : 64). This connotes that from the Islamic point of view, the acknowledgement of the unity of God is the preliminary prerequsite for establishing continual relations between Muslims and non-Muslims. In other words, a state under Muslim international law is not entitled to claim the right of legal equality unless it attains a certain degree of civilization, that is to say when its civilization is moulded with the idea of unity of God. This attitude may be compared to the Western theory which divides the world into civilized and uncivilized nations and recognizes the application of international law only to the civilized nations. The Western theory, in this respect, adopted the Christian civilization as a criterion while the Islamic theory, more tolerably, accepts only the unity of God. It is interesting that Ethiopia in 1936, a Christian country, according to the Italian Government, was not worthy of statehood in the family of nations because Ethiopia had not brought herself up to the level of civilization of the world.

However, if we adhere to the Malkite view, this division would be void since the Islamic state could exact *jizya* even from the pagans provided that they were not of Quraysh. In other words, pagan states could be admitted to the pale of Mulsim international law. It is noteworthy that the Charter of the United Nations reflects a similar

Thus, it is conspicuous that the idea of universalism in Islam originally means universalism of principles and not necessarily of sovereignty. In other words, universalism in Islam embarks, in the first place, on ideological not political lines.

Does this doctrinal conflict, as we witness nowadays, engender between the Islamic state on the one hand and the non-Islamic state on the other some sort of cold war dividing the world into two opposing camps ? Some may argue in favour of such inference : "O ye who believe. Take not for intimates other than your own folk, who would spare no pains to ruin you; they love to hamper you. Hatred is revealed by (the utterance of) their mouths, but that which their breasts hide is greater ..." (v. III : 118). The prohibition referred to here is not of general scope. It specifies only those who spare no pains to ruin the Muslims and love to hamper them. If non-Muslims do not reveal such hatred, Muslims are to establish with them bonds of friendship sanctioned by the verse : "Allah forbideth you not those who warred not against you on account of religion and drove you not from your homes, that ye should show them kindness and deal justly with them. Lo ! Allah loveth the just dealers" (v. LX : 8).

The policy of Islam towards Abyssinia, during the early centuries of the Islamic era, constitutes a precedent of significance in this respect. The Prophet is reported to have said, "Leave the Abyssinians in peace, so long as they do not take the offensive." The Islamic state of Medina, it is to be recalled, was surrounded by by unfriendly states. The only exception to this antagonist attitude was Abyssinia.

The Islamic conception of universalism could be compared with the same conception as conceived by the Charter of the United Nations, Article 2/6 which provides that "The Organization shall assume that states which are not members of the United Nations act in accordance with these Principles so far may be necessary for the maintenance of international peace and security." The affinity between the Charter theory and the Islamic theory lies in the fact that both theories consider universalization of certain principles for the welfare and furtherance of humanity to be the proper concern of a particular entity.

Universalism as a peaceful doctrine is demonstrated in the way the Prophet invited foreign monarchs to accept Islam.

In pursuance of said view we proceed to see how far the *Shari'ah* accepts the basic ideas of modern inetrnational law, namely the principle of legal equality between states and peace as the initial state of relations between the members of the family of nations.

In our view, Islam bases its international injunctions on a primary hypothesis, namely the existence of an inetrnational community consisting of separate political entities. Several verses in the Quran testify to this statement : "Had Allah willed He could have made you one community. But that He may try you by that which He hath given you (He hath made you as you are) so vie one with another in good works" "and if thy Lord had willed, He verily would have made mankind one nation, yet they cease not differing." "For had it not been for Allah's repelling men by means of others, cloisters, and churches and oratories and mosques, wherein the name of Allah is oft mentioned, would assuredly have been pulled down."

It is to be recalled in interpreting the foregoing verses that the terms "community" and "nation" are used in the jargon of the Quran to mean what we describe presently as "State." It might be argued that the oneness or division referred to in these verses relates to religion. But if we consider the close and indispensable relation between the religious and the political, we will come to the conclusion that the ideas expressed by the said verses apply to political aspects as well.

If Islam tolerates the division of the inetrnational community into different states, how far does it adopt the idea of legal equality and peaceful relations among states ? Islam promulgated the *magna carta* of religious freedom by the verse : "There is no compulsion in religion" (v. 11 : 256). The way the Islamic State should follow in fulfulling its missionary duty is defined in several verses among which we quote : "Call unto the way of the Lord with wisdom and fair exhortation and reason with them in the better way ..." (v. XVI : 125).

However, Muslim classical writers in asserting the God-given responsibility of the Muslims to govern and educate the unbelievers sustained a theory which, thirteen centuries later, Kipling survived under the motto "The white man's burden.". They were not far from what modern inetrnational law has adopted under the system of Mandate and Trusteeship.

foreward the example of the Prophet Samuel when the Jews asked him to raise up a king to lead them in a war of emancipation from the oppression of the Palestenians (v.II : 247, 249—51). This shows that the type of war which the Quran tolerates is only the defensive war.

Since the twofold division of the world into *dar al Islam* and *dar al harb* is a corrolary to the theory of constant *Jihad* which has been discussed with the conclusion that the *Shari'ah* favours no aggression, the division is no more of dogmatic meaning. As a matter of fact, this division, under the Abbassids, corresponded to the factual relation between the Islamic State and non-Muslim states. Classical writers intended to give a legal justification to that situation.

From the practical point of view, this dual division proved to be short of answering the needs of the Islamic State, a fact that has been met by some legists by introducing a third division, namely *dar al-sulh* or *dar al-'Ahd.* This additional division did not bridge the gap completely because it does not cover all the non-Muslim states which are not in actual war with the Islamic state.

Another offshot of the principal of permanent *Jihad* is the theory according to which the duration of a treaty should not exceed a fixed period. This view has been proved groundless and of no legal support.

Towards a Conventional Interpretation :

From the preceding study we know that Muslim classical doctrine rather reflects the impact of socio-political circumstances on the understanding of jurists particularly under the Abbassids. A certain degree of affinity between the said doctrine and the Greco-Roman laws could not be denied in regard to the dual division of the world. The Roman division of the world into Romans and Barbarians may in some way be compared to the Islamic division into Muslims and non-Muslims considering that the rights acknowledged by Muslim classical doctrine for non-Muslims are far more humane than those recognized by the Romans to the Barbarians. However, a confusion should be removed. The alleged affinity exists between Islamic classical jurispudence-not the *Shari'ah* — and Greco Roman laws.

If we turn to the *hadith*, the first hadith reads "The *jihad* will last up to the Day of Ressurection." We believe that this *hadith* is of no authority since its chain of relation to the Prophet includes a certain yazid ibn Abi Shaika who is a *majhul* (of an unknown biography).

The second *hadith* runs as follows, "I have been commanded to fight people until they confess that there is no god but Allah." It is always to be recalled that an authentic hadith cannot go against the Quran. The *hadith* does not mean that the Prophet was commanded to wage war against people until they accepted Islam; it simply means, as a reference to the Quran shows, that he was commanded to cease fighting with people who were at war with Muslims if they with their own accord embraced Islam.

In fact, the idea that the *hadith* tolerates a war of aggression could hardly be consistent with the conditions in which the Prophet carried out his ministry. Throughout the prophetic office, Muhammad was ill-treated by the Meccans to the length that they made him an outlaw and forced him to seek safety in a distant city, Medina. Despite this emigration, Muhammad did not escape the offence and onslaught of the Meccans and thier allies. Even from within Medina he confronted the strong opposition of the Jews who were supported by the hypocrites. Being constantly in a precarious situation, Muhammad, by no means, could be taken as aggressor. Under the circumstances, his resorting to force on some occasions is to be generally construed in the terms of self-defense policy.

From the foregoing presentation we conclude that neither the Quran nor the *hadith* can amply support the theory of waging unprovoked war against the unbelievers.

In fact, earliest Muslim commentators of the first two centuries of the Islamic era, like ibn Umar, Amr ibn Dinar, ibn Shubrumah, Ata and Sufyan al Thawri, held that only those were to be fought against who attacked the Muslims.

Besides, it is one of the methods of the Quran to give practical examples and comment on each, in approval or dismay, to indicate its injunctions on the relevant incident. With respect to our view we

Now there are three other verses of the Quran that implicate a seemingly unconditional injunction for waging an aggressive war against the unbelievers namely, II : 244, IX : 73 and 123.

The verse II : 244 reads "Fight in the way of Allah and know that Allah is Hearer, Knower." This verse does not indicate aggression on the part of the Muslims since it merely exhorts them to be on their guard and when threatened to defend bravely their Faith. Most likely this verse goes back to the first months after the arrival of the Prophet at Medina and before the Battle of Badr. As then the general tendency of the Muslims was influenced by the Meccan teaching of strict non-violence. The word *qatula* does not necessarily mean agressive fighting but plainly fighting.

The verse IX : 73 is as follows "O Prophet strive against the disbelievers and the hypocrites. Be harsh with them ... "The word *jahid* here cannot yield to "making war." It is to be noted that the injunction is related to the unbelievers and the hypocrites as well, and decrees one and the same decision towards both parties. The hypocrites were considered and treated as Muslims, and hence, Muhammad never fought them. The same interpretation must apply to the unbelievers as well. However, let us suppose that the word *jahid* has two different meanings, one in connection with the unbelievers i.e. making war; this even does not justify that the verse exhorts aggressive war. The verse that directly follows the verse in question emphasizes our inference. This verse explains the reasons why the Muslims are to embark on *jihad* against the unbelievers. It accuses the enemy of certain wrongful acts and, in retaliation, prescribes fighting-if we accept here *jihad* in the sense of fighting. We are again in front of the principle of defensive war.

The verse IX :123 states that "O ye who believe, fight those of the disbelievers who are near you, and let them find harshness in you, and know that Allah is with those who keep their duty (unto Him)." Obviously, the order is confined to "those of the disbelievers who are near to the Muslims. „This specification proves that the verse is of a procedural rather than a positive relevance. It deals with the Islamic tactics and shows that normally the best way to defeat the enemy is to begin with the nearer who is more threatening. It is therefore groundless to draw from this verse a positive rule about aggressive war. It would be in contradiction with the general tenor of the whole *surah* of "immunity" to push the text to that length.

ptuaries who transgress and fear not God and the Last Day. This conception will be more established if we connect the verse with two others which shortly follow in the same chapter, i.e, the verses IX : 32 and 34. The two verses read respectively, "Fain would they put out the light of Allah with their mouths, but Allah disdainth (aught) save that He shall perfect His light, however much the disbelievers are averse." "O ye who believe Lo! Many of the (Jewish) rabbis and the (Christian) monks devour the wealth of mankind want only and debar (men) from the way of Allah."

As for the verse IX : 41, "March ye forth, the light and the heavy..." it is an exhortation for the Muslims to join the Prophet on the expedition of Tabuk which was a defensive measure from the Islamic point of view. This concept could be proved if we interpret the verse in the context of the verses 28—42 which denigrate the Arabs who failed to join the expedition and urge them to "go forth, light-armed and heavy -armed." The general principle which we may deduce from these verses in general and the verses IX : 29 in particular is that every able Muslim should not refrain from responding to the order of the *imam* to join the army when general mobilization is declared.

The verse IX : 36, which is held by some as the verse of the sword, is forewarded in this respect, "Attack those who join gods with God in all..." If we accept the classical argument the verse will signify that every Muslim with no exception is to wage war on every idolater with no exception. This interpretation does not go in line with the principle edicted by the following verse, "And the believers should not all go out to fight. Of every troop of them, a party only should go forth..." In fact the verse should be conceived as a whole. To induce the Muslims to "wage war on all of the idolaters, " it justified the commandment by the fact that the idolaters, on their part, are waging war "on all of you." Therefore the Muslims are ordered to fight in self-defense. We believe that the proper interpretation of the word "all" here should be "one unity" or "one hand." In short, the verse impels the Muslims to forget disparity and be one hand in fighting the idolaters because precedents show that the idolaters, on their part, unify to do battle with the Muslims.

mmitted a breach to the treaty of Hudaybeyah. The Meccans were thus given an ultimatum of four months to surrender in default of which they were to be attacked by the Muslims. Mecca capitulated by compromise and consequently the verses were not acted upon insofar as facutal war is concerned. (2) Those idolaterous tribes who were on friendly terms with the Muslims. The Muslims are not allowed to fight them and have to fulfill their treaty till their term.

Thereby the text of the verse IX : 5 is conditional by the stipulations of the other verses. Hence, this verse does not decree the absolute right of an agressive war. Otherwise the verse will be inconsistent with the next verse which states that if any idolater seeks the Muslims' protection, they are to protect him. Undoubtedly, the idolater who needs a safe conduct is an enemy, that is to say a man who should be slain if we understand the verse as giving a general order to "slay the idolaters wherever ye find them."

Because of the persistence of the idolaters in ignoring their treaty obligations and their ferocity in torturing the Muslims, the injunctions insisted that they are to be subdued to "establish worship and pay poor-due" since this is the only alternative in this case to guarantee the safety and security of the Muslims.

The verse IX : 29 is quoted by some writers in a vague way. The verse in complete runs as follows : "Fight against such of those who have been given the scripture as believe not in Allah nor the Last Day and forbid not that which Allah hath forbidden by His messenger, and follow not the religion of truth until they pay the tribute readily, being brought low." The verse, as is clear from its phraseology, is not directed against all the Scriptuaries but only towards such of them who commit certain acts expressed in the verse. This verse is a prelude to the verses referring to the Tabuk expedition which the Muslims were to mobilize against the Byzantines. Thus, the incident of revelation asserts the conjecture we inferred from the text of the verse. This verse might be interpreted as meaning that fighting is to be enjoined against those who do not embrace Islam nor accept the prophecy of Mohammad.. This will be a misinterpretation because the verse still recognizes the definition of Scriptuaries for those against whom it commands fighting. Presumably, the verse refers to those of the Scri-

"And if anyone of the idolaters seeketh thy protection (0 Muhammad) then protect him so that he may hear the word of Allah, and afterward convey him to his place of safety. That is because they are folk who know not.

"How can there be a treaty with Allah and with His messenger for the idolaters save those with whom ye made a treaty at the Inviolable Place of Worship ? So long as they are true to you, be true to them. Lo! Allah loveth those who keep their duty.

"How (can there be any treaty for the others) when, if they have the upper hand on you, they regard not pact nor honour in respect of you? They satisfy you with their mouths the while their hearts refuse. And most of them are wrongdoers.

"They have purchased with the revelation of Allah a little gain, so they debar (men) from His way. Lo! evil is that which they are wont to do.

"And they observe toward a beleiver neither pact nor honour. These are they who are treansgressors.

"But if they repent and establish worship and pay the poor-due, then are they your brothers in religion. We detail our revelation for a people who have knowledge.

"And if they break their pledges after their treaty (hath been made with you) and assail your religion, then fight the heads of disbelief-Lo! they have no binding oaths-in order that they may desist.

"Will ye not fight a folk who broke their solemn pledges, and purposed to drive out the messenger and did attack you first ? What: Fear ye them. Now Allah hath more right that ye should fear Him, if ye are believers."

It is self-evident from the very first verse that the foregoing injunctions deal only with "those of the iolaters with whom ye made a treaty". Idolaters could, accordingly, be classified into two categories : (1) Those who regard no pact nor honour in respect of the Muslims. In fact those verses were published at Medina when the Quraysh co-

Writers, in addition to what we have mentioned, rely on other verses which we will treat one by one. The verse II : 216 includes the above mentioned verses 190—193, and consequently undergoes the same logic in inetrpretation because the text goes on to mention the wrongdoings of the unbelievers and the attacks made by them on the Muslims. In this the verse 216 is nearly a repetition of the verse 191. Besides the term "war is prescribed" does not allow an aggressive war. This is a mere statement that the law of war has become a part of the Islamic institution of international law. In the same way we say now that the law of war is a part of modern international law but this does not necessarily imply that the term is confined to the war of aggression.

As for the verse IX : 5, it should be read in the context of the verses 1—13 if we are to understand it in its proper meaning. We quote the relevant verse, "Freedom from obligation (is proclaimed) from Allah and His messenger toward those of the idolaters with whom ye made a treaty.

"Travel freely in the law four months, and know that ye cannot escape Allah and that Allah will confound the disbelievers (in His guidance). And a proclamation from Allah and His messenger to all men is free from obligation to the idolaters, and (so is) His meassenger. So, if ye repent, it will be better for you, if ye are averse, then know that ye cannot escape Allah. Give tidings (o Muhammad) of a painful doom to those who disbelieve.

"Excepting those of the idolaters with whom ye (Muhammad) have a treaty, and who have since abated nothing of your right nor have supported anyone against you. (As for these), fulfill their treaty to them till their term. Lo! Allah loveth those who keep their duty (unto Him).

"Then, when the sacred months have passed, slay the idolaters wherever you find them, and take them (captives) and beseige them, and prepare for them each ambush. But if they repent and establish worship and pay the poor-due, then leave their way free. Lo! Allah is Forgiving, Merciful.

Treaty when the Muslims were catering for pilgrimage but still doubtful about the intentions of the Meccans and whether the latter would allow them to perform their rituals. The Muslims were rather reluctant to measure swords with the Meccans in case the Meccans resort to force to prevent them. This attitude was due to the fact that fighting would be taking place within the sanctuary and during the sacred months. To this effect the divine permission was given. Thereby, the occasion of revelation clearly shows that the verse does not envisage the idea of an aggressive war. The very wording asserts that the word *fitnah* indicates that the Meccans, as then, were still attacking and torturing Muslims. If, therefore, Muslims repel the force of the aggressor, they are plainly on the defensive. This interpretation will apparently be more impressive if we read that verse in the context of the verses that preceded it, i.e., the verses 109—192. These verses read as follows : "Fight in the way of Allah against those who fight against you, but begin no hostilities. Lo! Allah loveth not agressors."

"And slay them whenever you find them, and drive them out of the places whence they drove you out, for persecution is worse than slaughter. And fight not with them at the Inviolable Place of Worship until they first attack you there, but if they attack you (there) then slay them. Such is the reward of disbelievers. But if they desist then Lo! Allah is Forgiving, Merciful."

It is obvious that the right of the Muslims to fight the unbelievers could only be practiced "against those who fight against you," and that they are forbidden to begin any hostilities (v.190). The verse 193 is connected with the verse 190 by the article "and" to specify the aim of fighting which is the suppression of the persecution, upon the achievement of which fighting should cease . It has nothing to do with the beginning of hostilities which is the subject of the verse 190.

The phrase "religion is for Allah " is misinterpreted by some as meaning that all people should embrace Islam. This interpretation contradicts the remainder of the verse which runs as follows, "But if they desist let there be no hostility except against wrongdoers." Desisting here refers to desisting from persecution. Therefore, the verse implies that fighting should come to an end provided that unbelievers stop imposing their creed by force on those who accept Islam.

cally signifies exertion, toil, painstaking, doing one's utmost or striving. It was only among jurists that the word began to acquire a narrower sense of hostility or waging war against infidels. In the course of time, this technical definition, it seems, overshadowed the classical one to the extent that some writers misrepresent the word *jihad* as synonymous to "holy war". This view is exaggerated since in some texts the word *jihad* is used in its literal sense and in some others it is used in its legal sense.

It is undebatable that in the Meccan texts the word *jihad* is to be construed in its classical meaning because Muslims, as of then, had not resorted to arms in defending themselves. Only in some Medinan texts the word may imply holy war. If we turn to the *hadith* and take, for instance, the Propnet's saying "The pilgrimage is the most excellent of all the jihads," we find that the word *jihad* is used in its wider sense. Thus, it is clear that the word *jihad* whether in the Quran or the *hadith* is not used exclusively in one sense. Moreover, the Quran, in referring to war, used also another word, i.e., *qital*. Hence, to develop a concrete doctrine of Muslim international law, it does not suffice to investigate only the verses containing the word "jihad". Even more important are those injunctions including the word *qital*, since the word explicitly signifies fighting.

Bearing the foregoing remarks in mind, it is not difficult for any fair commentator to obseve that most of the verses quoted by Muslim legists, and their Western followers, in support of their theory are generally detached or dislocated from their context without paying due heed to the remainder of the context. Not only this, but sometimes they also did not comply with the basic rules of interpretation. it is a recognized principle that when two commandments seem to be contradictory, the interpreter should first try to reconcile their contentions. If he succeeds, the two commandments are to be held valid, each in its particular case. Another principle is that when two commandments have bearing on the same subject but one is in general terms and the other is conditional, the contention of the general commandment is to be limited by the conditions of the conditional commandment. A general review of the classical arguments will prove that comment.

We will start with the verse that reads "And do battle against them until there be no more *fitnah* (persecution)" (II : 193). This verse was revealed in the second year after the conclusion of the Hudaybeyah

Muslim state.(1) They constitute what we may call autonomous minority that govern itself under its authorized head who is responsible for it to the Muslim government. They are guaranteed certain rights and committed to particular duties. It is not easy to give an accurate account of the relation between the Islamic government and its *dhimmi* subjects. To sum up, in general terms, the *dhimmi* is guaranteed life, liberty and-to a certain extent-property. In return he has to pay a poll-tax, *jizyah.* Every male *dhimmi* is to pay the *jizyah* which ranged usually between ten to fifty piastres according to his financial situation. His land either becomes *Wakf* (public property) with his right to have the use, or he continues to hold it as his own. In both cases he pays a *kharaj* (land tax) on the land and its crops.

The classical theory , inevitably, reduces Muslim international law to an exclusive system since international law, if it is to have any claim to universal acceptance, must adopt the principle of mutual independence and legal equality among nations. If Muslim and modern international law failed to coalesce in that respect, then since Muslim civilization-under which Muslim international law had thrived-is now lagging behind, either Muslim international law will perish or else it will act as a barrier dividing Islamic from all other states : This conclusion, we believe, betrays one of the fundamental features of Islam, that is to say its universality and permanent validity. Furthermore, it is incompatible with the present intimate integration of Muslim countries in the modern community of nations as shown by their membership in the United Nations and its agencies. Such a paradoxical conjecture, undoubtedly, prompts a genuine and constructive effort to reconsider the classical interpretation of Muslim international law as regards its capacity to cope with international life as it is nowadays.

To assess the classical interpretation, with view to develop a conventional Islamic doctrine of international law, we have first to examine the Quranic and prophetic texts which classical writers forwarded in support of their theory. A preliminary step to this effect is to define accurately the meaning of the word *Jihad* as used in both the Quran and the *hadith.* The word *Jihad* literally and classi-

---

(1) Fattal, Antoine — Le Statut Legal des non Musulmans en Pays D'Islam, Beyrouth, 1958, p.p. 60 — 9.

reign, were made prisoners by Muslims. The *imam*, or the commander, at his discretion may consider the prisoners of war as spoils of war and therefore condemn them to slavery. Thus, the prisoners become a common property of the body of the Muslim fighters. It is by distribution that a slave becomes the recepient's own property. The state is to respect this property and treat the slave as *mustamin* in the sense that reducing the prisoner to slavery is in intself some sort of safe-conduct. A slave cannot change his fate even if he joins Islam afterwards since his coversion does not cast off the right of his master to his ownership. None the less, Umar, based on a Qur'anic injunction, is reported to have maintained that a Muslim slave may claim the right to freedom if he offers to work and pay off his value, a right which the master cannot reject. Whether or not the Arabs are liable to slavery is a matter of controversy. Precedents during the lifetime of both the Prophet and Abu-Bakr warrant that Arabs could be subjected to slavery, while Umar contested this view. The Prophet enslaved the Arabs of Banul-Mustaliq in the Battle of the Maraisi, Hawazen and Banul Anbar. Abu Bakr also enslaved the Arabs of Banu Najiba.

It is noteworthy that Islamic classical institution of slavery is distingished by two main characteristics, i.e.(I) the human treatment of the slave with view to raising his morale. A slave shoud be treated on the same footing with his master as regards food, clothing and dwelling, and (II) the wide possibility given to the slave to be emancipated. From this we may conclude that slavery in traditional Islam was originally meant to be an adequate medium of proselytizing non-Muslims rather than denigrating some individuals. As for civil inhabitants, the wives and children of combatants incur the same fate, that is to say they must become slaves. The rest of the population may face one of two possibilities, i.e. (i) slavery or (ii) treated as *dhimmis*.

The Islamic conquest put the Muslims in direct contact with people who were not people of the book and as a result, gave rise to the question of how to treat them. The first point at issue was relevant to the Magians, a fire worshipping people in Persia, then arose the case of the heathens of Harran and the pagan Berbers. To those the tolerated status of *dhimmis* was extended. We may conclude that all non-Arabs, who do not apostatize, are entitled to the Islamic *dhimma*. Actually, the *dhimmis* do not become citizens stricto senso of the

3. The *Jihad* is a formal obligation(1) since it should be preceded by addressing a formal invitation to the people against whom it is directed calling on them to join Islam or pay poll-tax, as the case may be. This was the constant practice of the Prophet to emphasize that the aim of the *Jihad* is to defend the Faith and not to win earthly gains. Although jurists unanimously profess to the principle of invitation, as such, yet they differ on its implementation. Some hold that the Muslim state is no loger under the obligation of addressing a prior invitation on the ground that Islam has been widely spread and heard of and, therefore, non Muslims have been duly forewarned. However, Muslim practice is in favour of addressing an invitation before starting acts of hostility. The conduct of the Ummayad caliph, Umar ibn Abdel-Aziz, is significant in this. It is reported that,upon a complaint from the inhabitants of Samarqand against Qutayba, the commander of the Muslim army, that he conquered their city without previous notification, Umar referred them to the judge Djumai ibn Hader al-Baji, who decreed that Muslim troops should withdraw and the commander should invite the inhabitants of the city and give them sufficient delay. Anyhow, the Muslim sate may renounce this obligation of invitation when it would result in a delay that ameliorates the situation of the enemy to the detriment of the interests of the Muslim state. The same applies, as well, to the case when the Muslims are, a priori, reasonably aware that the invitation will be of no avail.

4. The *Jihad* is a defensive as well as an offensive obligation. It is self-evident that the right of self-defence is an inherent right in every community. But instituting aggressive wars was, and still is, a subject of bitter controversy in both theory and practice. However, classical Muslim writers adhered to the doctrine that tolerates aggressive war provided that aggression aims at furthering Islam. If this is the attitude of Muslim classical writers, it is not surprising that a number of European writers of almost a century ago hold the same idea about the law of war in Islam.

According to the classical theory, the prisoners of war are the enemy combatants who, via legitimate war declared by a Muslim sove-

---

(1) Al Sarakhsee, Muhammed Ibn Ahmed — Sharh Al Siyar Al Kabir, Hyderabad, 1355 A.H., Vol. 1, pp. 57 — 9.

2. The *Jihad* is a perpetual obligation, until the universal conversion of humanity to Islam is achieved. But the perpetuity of the *Jihad* is relative as the *Jihad* comes into being only when circumstances are favourable to the Muslim state and likely to be suspended if the interests of the Muslim state require it. Hence, the doctrine of the *Jihad* does not necessarily envisage constant fighting, but merely implies the existence of a state of war between the Muslim state and its neighbours. Under exigent needs, the suspension of the *Jihad* has now lasted for so long a period that it has virtually become a normal state for the Muslim community. For the Shi'ite, the Zaydi sect excluded, the *Jihad* entered into a sate of quiscence in the absence of the *imam*. The *imam*, in his capacity as infallible ruler, is endowed with the sole authority of declaring the *Jihad* whenever he considers it due.

With the notion of perpetuation in mind, we could not assert, theoretically, that the Islamic state could enter into genuine peace treaties with-Muslim states. The general doctrine holds that only truce for a limited period, in principle not in excess of ten years subject to renewal for similar periods, is authorized (1). In fact, the classical theory knows three types of treaties, namely the *aman*, the *hudna* and the *muwada*.

The *aman* guarantees for the *harbi* (enemy alien) safety in life and property when he goes to the Islamic state. The duration of the *aman* should not exceed a period of one lunar year. This institution has strong affinities with the present system of visas and regulations for the residence of aliens in foreign countries. The *hudna* is equivalent to what we call today truce. Actually, classical doctrine did not emphasize a sahrp distinction between *hudna* and *muwada* due to the fact that both institutions are of temporary character. However, these treaties are liable to unilateral repudiation before their term of expiration if repudiation proves to be in favour of the Muslim State. In this case the Muslim state should afford the infidel party sufficient delay to communicate the information to the different parts of its territory.

The last call to the *Jihad*, made in 1914 by the Ottoman sultan Muhammad Rachad, proved an utter failure. Presently similar attempts have been tried out with regard to the stand of the Arab states towards Israel.

---

(1) Al Shafi'i — Kitab Al Umm, Boulac, 1322 A. H., vol Iv, p. 100.

If we turn to *bughat*, it is difficult to find a concrete provision relevant to that category of *Jihad* in Muslim positive law. Jurists usually cite the following verses to support their claim : "And if two parties of the believers fall to fighting, then make peace between them, and if one party of them doth wrong to the other, fight ye that which doth wrong till it return into the ordinance of God; then, if it return, make peace between them justly and act equitably." In fact the bulk of Islamic rules dealing with this topic are based on the orthodox practice of the caliph Ali who was faced with the first two civil wars in Islam, namely the Battle of the Camel and his struggle with Mu'awiyah and under whose reign the Kharijites emerged as a case in point.

The *Jihad* against the *bughat* is prescribed only when they fail to obey the law and cause grievance to the state.

The *bughat*, in case of rebellion, are entitled to the rights of a de facto government in the modern sense of the term. Their jurisdiction over their territory during their maintenance of power is recognized as lawful and valid. The treaties they conclude with non-Muslim states, other than those to fight against the Muslims, are considered as binding over the Muslim state. They are not held responisble for any loss of life and property caused during the conflict. Their private property is not treated as spoil and their prisoners of war are not liable to be killed.

It seems that classical writers, when dealing with the general characteristics of the *Jihad*, had mainly in view the example of the *Jihad* against non-Muslims. This fact, together with the foregoing remarks on some peculiarities of the *Jihad* against *bughat* and apostates, should be borne in mind when we consider the cahracteristics of the *Jihad*, which we can group as follows :

1. The *Jihad* is a collective obligation, *fard kifayah*, that is to say as soon as a part of the Muslim community fulfils the duty of *Jihad*, it ceases to be any loger obligation on others. This quality excludes the *Jihad* from being one of the pillars of Islam. However, the *Jihad* becomes *fard' ayn*, in two cases, i.e., for those who dwell in the territory nearest to the enemy, and when general mobilization is declared to repel an agression. The Kharijites, who conceived the state as a garison state, regarded the *Jihad* as the sixth pillar of of Islam..

Technically speaking, the classical doctrine of *Jihad* deals with different types of hostile measures, some of which come under the rules of international law while some do not. For instance, the *Jihad* against international highwaymen could not, in our view, be included in the international types of *Jihad*. We will concern ourselves only with types of *Jihad* related to our study.

We can classify said types of *Jihad* under two categories :

1. Jihad of extermination(1), against those who are charged with the most palpable form of sins, i.e. the polytheists and apostates. A polytheist is a pagan who has not any sort of revealed book. We mean, too, those apostates who denounce their faith and either join *dar al-harb* or establish themselves in a territory of their own and acquire enough strength to threaten the authority of the Islamic state. Originally, the apostate was a Muslim who, it was hoped, would return to Islam, therefore Muslim jurists distinguish between the characteristics of *dar al-ridah* and *dar al harb*. Although the Muslim state is not entitled to conduct peaceful relations or to make alliances with the apostates or to accord them quarters, it has this discretion with regard to polytheists.

2. Jihad of reconciliation(2); against those who are accused of less palpable sins, namely the Scriptuarties and the *bughat* (disserters). Here Islam shows an inclination to leniency because the Scriptuarties believe in God, and the *bughat* are Muslims afterall. The Scriptuaries are to choose one of three possibilities; Islam, in which case they enjoy full rights of citizenship, poll-tax, reducing them to second-class citizens with certain disabilities, or the *Jihad*.

---

(1) See; (a) Ibn Rushd — Al Muqaddemat al Mumahidat, Cairo, 1325 A. H., rol. 1, p. 285

(b) Al Mawardi — Al Ahkam Al Sutaneya, H. Cairo 1380 A.H., p. 143.

(c) Sahnun — Al Mudwana Al Kubra, Cairo, 1356 A.H., vol III, p. 46.

(2) See; (a) Hamidullah, Muhammed — The Muslim Conduct of State, Lahore, 1953.

(b) Welhausen — Arab Kingdom and its fall, translated by Margaret Graham Weir, Calcutta, 1927, p. 53.

sun's circle as it halted, in the East, at the borders of India, and failed, in the North, to penetrate the mighty walls of Constantinople (717/18), while in the Far East it endured a decisive defeat at Tours (732).

Failing to correspond to the then known world, the Islamic state had to confront two major problems, i.e., its relations with the non-Muslim states that remained outside its orbit, and the treatment of non-Muslim subjects residing in its territory . In this situation the classical doctrine developed two notions, namely the division of the world into the Muslim world and non-Muslim world, and the rules regulating the status of the *dhimmis* in *dar al-Islam.* Therefore, the classical conception of Muslim international law is based on those main precepts, i.e., The *Jihad*, the division of the world into two parts and the status of the Dhimmis. We will tackle these topics below.

The *Jihad*, as we have learned, is regarded by Muslim jurists as the medium of establishing Muslim sovereignty since the reign of God's religion necessitates political supremacy of said religion. Actually, the doctrine of *Jihad*, being more or less a doctrine of warriors, was not entirely a new tenet to the Arabs who had been warriors throughout the pre-Islamic era of their history. This fact induced some writers to maintain that the Islamic concept of *Jihad* was indispensable for the existence of the Islamic state, assuming that there must be some way or another to exhaust the innate warlike energy of the Arabs outside the state, otherwise this tendency would have inevitably sought its satisfaction within the state. (1) To us this view is exaggerated because, presumably, during the lifetime of the Prophet, the Faith was strong enough to transcend tribal tendencies. Not long after the death of the Prophet the capital of Islam was transferred to Kufa and then to Damascus. After that the Arab element in the Muslim army began to be overshadowed by alien Muslim converts, whilst Arabs showed increasing interest in the luxuries of life which they came across in the conquered countries. In fact, it could be argued that the *Jihad* was an expansive rather than a preservative factor in history of the Islamic state.

To summarize, the *Jihad* is the Muslim doctrine of war.

---

(1) Khadduri, Majid — War and Peace in the Law of Islam, Baltimore, 1955, p. 62.

creating the unprecedented phenomenon of three rival caliphs in the Muslim world at the same time each alleging the right of representing the community on the international level and exercising supremacy over a separate geographical realm. Other parts of the Islamic world split off from the rule of Baghdad in both the West and the East.

With this devastation the Islamic sta'e was to face the crusades that sprang up as a response to the speach delivered on November 26, 1095 by Pope Urban at Claremont and lasted for about three centuries.

The Christian reconquest of Spain lead eventually to the christianization and unification of Spain under Ferdinand and Isabella towards the end of the fifteenth century.

The reintegration of the Islamic state was — to a great extent — accomplished under the Turkish Empire when the Uthmanli Sultan undertook to unify the world of Islam under their rule. In the beginning the Turkish sultans did not show zeal for the title of caliph and the first international document to add this title to the Sultan was the treaty of Kuchuk Kay-Narji signed in 1774 with Russia. Finally, Turkey was defeated in World War I, and the caliphate was abolished by the Kemalist Government of Turkey. Britain and France managed to divide the Arab world into distinctive states with more or less defined borders. Most of these states soon developed a feeling of nationalism and were able to attain their independence as separate political entities after World War II. The Islamic world is still politically divided into separate independant states which, on the international level, act as distinctive entities. Actually, Muslims total now more than 400 million, that is to say about 1/ 6th of the world population.

The classical doctrine of international law considered :

According to the classical Muslim doctrine, the "raison d'etre" of the Islmaic state is to achieve the universal rule of Islam. Hence, it conceived the Islamic state as a universal state by its very nature. As a corollary to this idea, the Muslim caliphs were determined to wage a constant war of conquest in the name of Islam, which they carried successfully during the first century of the Islamic era. This claim for universalism gave rise to the establishment of the doctrine of *Jihad* as the instrument of the Islamic state to perform its function, whenever peaceful methods fail. But victorious Islam failed to complete the

obedience and fidelity to their chief. This ineterpretation is clearly reflected in the procedure of *bay'a* which includes no reference at all to territory expressing the concept that the authority vested in the chief is not conditioned by him possessing territory. The formula of the *bay'a* is exclusively a personal promise of obedience and fidelity. This interpretation may mean that the Islamic state is a theocratic state.

"Theocracy is a much maligned word used by modern writers for the concentration of authority in God exercised through a priest class or a king in an autocratic manner" (1). Theocracy, in this sense, is alien to Islam. The caliphate had no divine merits, since the revelation of God ceased at the death of the Prophet and it is the function of the *ulama* (the most learned) to interpret the sacred texts. Besides, there is no special class of divine theologians dedicated to the service of religion. The Prophet is said to have declared to his companions that in matters relating to mundane affairs they were perhaps better judges than himself. The secular aspect of the caliphate predominating under the Ummayad period, was blended in a Persin expression emphasising religious considerations. The Abbassids claimed divine right as the basis of their power and this showed itself in the extravagent titles they chose for themselves such as *Khalifat Allah* (God's caliph) and *Zull Allah 'ala al-Ard* (God's shadow on earth). It was because of the caliphate that the Muslim community was divided into three main sects : the Sunnis, the Shi'is and the Kharjis. Therefore, after the advent of the Abbassids, the theory of state and sovereignty gained a new connotation in the Islamic doctrine and practice. Firstly, the full citizenship of the state, nationality, which formally was confined to the Arabs, now opened to encompass all Muslim subjects regardless of their race or origin. Secondly, the territorial idea began to be of importance in the conception of state. Eventually Muslim jurist theologians, of the Abbassid era, adopted the idea of a fixed territory as a constructive element in the structure of the state and divided the world geographically into two sections; *dar al Islam* (the world of Islam) and *dar al-harb* (the world of non-Muslims). Thirdly, the notion of caliphate underwent drastic metamorphoses. Both the Fatimid 'Ukayd-allah (A.D. 929) in North Africa and the Ummayed Abdel-Rahman III (A.D.909) in in Spain, claimed the title of caliph, thus

---

(1) Sherwani, Haroon Khan — Studies in Muslim Political Thought and Administration, Lahore, 1959, p. 303.

Hijaz, while other non-Muslims living outside Hijaz, such as the Jews of Daral Qura in Syria, were left undisturbed. Nevertheless, the territorial basis was not officially recognized by Muslims. For example, the Islamic state of Medina comprised nomadic tribes, such as Juhaynah and Muzaynah, whose habitat lay outside the borders of Medina. Only in one instance territory was recognized as predominent in Muslim theory, i.e. the Meccan sanctuary as it is absolutely inaccessible for non-Muslims.

Thus, the territorial element had only practical validity but no recognition was given to it. It was rather a de facto than a de jure element in the structure of the Muslim state. This explains why Muslims regard the *hijra* as a change of tribal and social attachment not of location. Actually, this view might have been influenced by the nomadic custom that never recognized fixed lines without width as boundaries to tribal activities. It suffices for the Muslim state to be formed and come into being, that all believers should unite in a social grouping under the leadership of their head. "The question might be raised, why territory should be necessary at all, to constitute an international juristic person? Theoritically, there is no reason why a community of persons bound together by common interests of a sufficiently permanent character, whose membership cuts across state boundaries, should not be recognized by international law as similar groups are recognized by municipal law" (1). "The rigidly territorial nature of statehood is not so much a matter of logical necessity as of historical circumstances growing out of the kind of systems and out of juristic conceptions of sovereignty prevailing at the time when international law began to take definite shape". (2)

Admittedly, the political notion of sovereignty *(sultan or mulk)*, was dominated by the same opinion. Sovereignty was essentially personal. To enjoy his power, the head of the community need not establish his influence over a determined geographical domain, in other words his personal sovereignty could be recognized independently of any territorial sovereignty. Thus the sovereignty of the head of the community comprises a submissive relation between the head, personally, and the members of the community under which the believers owe

---

(1) Fenwick, Charles — Intenational Law, 3rd ed., 1948, p. 105.

(2) Fenwick — *Op. Cit.* p. 105 (in the footnotes).

Going back to the international development of the Islamic state from the legal standpoint we observe that the first term to be used in Muslim practice to express the notion of state was the word "Ummah". In the Qur'an the term occurs in a number of varied and changing meanings. However, when Muhammad introduced it to the Convention the term became a specifically Islamic term to designate the Muslim state. After the exclusion of the Jews from the politico-religous community of Medina and the incorporation of Mecca and other parts of Arabia into the Muslim state, the term *ummah* became obsolete. Occasionally, it was replaced by one or two terms; *Jama'a* or *Hizb Allah*. However, we cannot claim that there was a conventional term to designate the Muslim state during its first decades, since diplomacy was carried out in the name of God and Muhammad. Anyhow, the state got a new definition under the Abbassid dynasty, namely *dawlah* which literally means new era. The Abbassids, in adoptiong this term for their state, were referring to their revolutionary movement. However, the term came in Arabic terminology to denominate the state.

Now we come to the question: how far the conception of *ummah* or *dawlah* is similar to or different from, the modern conception of state?

In fact, the Qur'an contains alomst nothing in that respect. The nearest verse to be invoked in this context is an exhortation to the blievers to obey God, his Apostle "and those in authority", and even this verse is ineterpreted in a different way by some Arab commentators who held that it is a behest to the troops of a given commander setting out on a campaign at the time.

The Islamic state, in its formative period had at its head a prophet who integrated both the religious and the political; a unique incident which makes it without precedent or example in the history of international law. We have learned that the conception of the tribe was the centre of pre-Islamic Arab political organization. This conception continued to be inflential on the Muslim thinking during the early history of the Muslim state. The Muslims stressed the social element in the structure of the state and emphasized that all Muslims, regardless of their geographical location, are members of one and the same body, namely the Muslim state. We do not pretend that the Islamic theory ignored the territorial element completely since Yathrib was delimited as the territory of the Medinan state. The importance of the territorial element showed again when 'Umar deported non Muslims from

of danger which threatened it. In such circumstances we should be ready to admit that the city state of Medina could no more tolerate a faction of active opponents who apposed its policy and were ready to compromise with the enemy at any convenient time, otherwise it would be in a very precaurious situation.

Exeptional circumstances justify exceptional measures. It is quite fair that, in accordance with the dictates of necessity, all regulative limitations might be deliberately rejected and the rigor belle introduced. We should not forget that at the present time, there are writers who advocate the doctrine which states that the binding force of the laws of war in general might be disregarded in case of extreme necessity "salus popule suprema lex". The principle of necessitv was generally adopted by the Hague Convention 1907 under which collective penalties are not unlawful if the group partake in the illegal activities.

If we concentrate on the Qurayzah, it must be remembered that it lived in the proximity of Medina, and thus represent a potential danger to the Muslims. Expulsion of the Banu Qaynuqa and the Banu al-Nadir proved to be an indiscrete measure since they, form Khaybar, continued to intrigue diligently against Muhammad, and the Nadir played a prominent role in the formation of the great confederacy that undertook the Attack of the Trench. It is of significance that the Qurayzah, unlike the Qaynuqa' and the Nadir and to the contiary of the provisions of the Covenant, did not leave its destiny in the hands of the Prophet who most likely would be rather lenient, but insisted on being judged by the Chief of their Arab confederate clan. The powers of the arbiter were not restricted to the application of particular rules. Besides, the arbiter, before awarding his decree, made sure that both parties will surrender to his judgement without protest. Thereby, the arbiter decided to judge the incident according to the Jewish law, namely the Deuteronomy (1). We consider this a sincere implementation of Article 25 of the Convenant which stipulates that "... to the Jews their religion and to the Muslims their religion". In other words this is a Jewish and not an Islamic punishment.

---

(1) The Deutronomy is the fifth book of the Pentateuch, called in Hebrew Debarim (words).

Talking about the emergence of the Islamic state, and referring to the treatment which the said state administered against the Jews of Medina, it might be questioned how far the nascent Islamic state respected what we call today the minimum standard of human rights because the conduct of the Islamic state towards the Jews of Medina is a highly controversial topic among commentators. The retributive justice inflicted on the Jews of Medina, particulary the Qurayzah, furnished to some Western writers a ground for attack. We would like, from the very outset, to exclude from the discussion the hypothesis that the measures taken were meant to annihilate the Jews as such . "The continuing presence of at least a few Jews in Medina is an argument against the view sometimes put forward by European scholars that in the second year after the *Hijirah* Muhammad adopted a policy of clearing all Jews out of Medina just because they were Jews"(1) To assess the actions performed, we first should outline the legal status of the Jews in Medina after the promulgation of the Covenant. The Jews were confederates either to the Aws or to the Khazrag. This fact was the driving element of integrating the Jews into the Medinan community. As such they became citizens of the new Muslim state and had to Respect the public order of the state and refrain from active enmity to its creed which was the bases of the whole structure of the state. Any such act would be considered, according to modern standards, as a crime of high treason worthy of major punishment. But the Jews'did not pay much heed to their duties as citizens, or to their commitments according to the Covenant of Medina. A few months after the organization of the state, they adopted a positive if hostile attitude towards the state, rejected the Prophet's mission and, in some cases even expressed contempt and devision. We could adequately appreciate the seriousness and danger of these polemics if we bear in mind the cultural superiority of the Jews as compared with the illitrate Arabs, and the influence the Jews can presumably gain in an unadvanced society where poets occupy the position of the press in modern times (2). This resulted in a religious and cultural break between the Muslims and the Jews. But when the state became the object of military campaigns ever since the battle of Badr the measures which the state could legitimately take against such acts must correspond with the amonnt of

(1) Watt — op. cit. p. 217.

(2) The Incident of Ka'b ibn al-Ashraf could be cited as an Example. After Badr,he paid a visit to to Mecca and was thought to have encouraged the leaders of Qurayash against the Muslims.

population, territory and government to be qualified a state under the principles of modern internationa law.

The city state of Medina began in what might be termed as a form of confedereration because of a certain degree of autonomy which the tribes preserved towards the central authority of Muhammad, particularly in blood-wit and in waging war. After the military prestige that Muhammad achieved by his victory at Badr and the civic regulations introduced for the community, the city state of Medina turned into what may be called a federate state. This state was formally recognized by Mecca, in 629, in the Hudaybeyah agreement, since the agreement was concluded between two equals with the acknowledgement of Muhammad's political power in Medina. After the capture of Mecca and the victory the Muslims gained at the battle of Hunayn, he Islamic state spread over the whole of the Arab Peninsula. But it is qustionable among writers whether or not Muhammad in the last year of this life became the ruler of the Arabian Peninsula. Some stress that his political authority was spread over almost the whole of Arabia. Others go to the other extreme maintaining that he only ruled a limited district round Medina and Mecca. A third group stand in between, suggesting that the Islamic state, in 632 AD., was "a conglomeration of tribes in alliance with Muhammad on varying terms, having as its inner core the people of Medina and perhaps also of Mecca"(1). This controversy is of minor importance since it relates to a very short period. When Abu-Bakr, a few months later, was elected as successor to the Prophet (632—634 AD) he, for certain, considered himself the ruler of Arabia and conducted his policy on that attitude. During the *riddah* some revolting tribes refused to pay tribute but confessed their belief in God and his Apostle and were ready to perform the prayers, trying thus to separate the political from the religious. Abu Bakr, in rejecting this view and waging war with them, expressed that in his understanding wherever the religious leadership is admitted its corollary is political leadership. Thus, under Abu Bakr, the Muslim state assumed the unitary form, having its central government in Medina. This state took its definite shape under Umar ibn al-Khattab (635—644 AD) who assumed the title of 'Amir al Mu'minin' (the commander of the believers) a title which implies the political character of the office.

---

(1) Watt, Montgomery — Mohammad at Medina, Oxford, 1962, pp. 22 — 23.

Anyhow, the foundations of the first Islamic state in Medina were laid in the Second Pledge of Al-Aqaba. The Medinan delegates invited the Prophet to their city and pledged themselves not only to allegiance and to the normal precepts of Islam, but also "to war, in complete obedience to the Apostle, in weal and woe, in case of hardship and evil circumstances". Hence, the new society began to affirm its autonomy as regards the traditional tribal solidarity by the military bond which might be operated by the believers against their own kinsmen. When Muhammad arrived in Medina, he put the principles sworn in the Second Pledge of Al-Aquabah in a more detailed document named the Covenant of Medina. The main piovisions of the Covenant that come into our study are : (1)

1. The believers are one community (Umma) to the exclusion of all men.

2. The Jews are one community with the believers.

3. Every clan according to their present custom shall pay the bloodwit within their number.

4. The peace of the unbelievers is indivisible.

5. The Jews shall contribute to the cost of war so long as they are fighting alongside the believers.

6. No polytheist shall take the property of Quraysh under his protection nor shall he intervene against a believer.

7. The close friends of the Jews are as themselves. None of them shall go out to war save with the permission of Muhammad, but shall not be prevented from taking revenge for a wound.

8. If any dispute likely to cause trouble should arise it must be referred to God and to Muhammad.

9. Yathrib shall be a sanctuary of the people of this document.

By defining the notion of *Ummah* as the community of persons who constitute the Islamic state, adopting Yathrib as a sanctuary, and investing Muhammad with certain powers of control and complulsory arbitration, the city of Medina was possessed of the required elements

---

(1) Welhausen was the first to divide the Covenant into Articles and translate it into an European language.

The Apostle was the spiritual leader and the supreme head of the Islamic community and, through divine revelation, he was the lawgiver of the *communitus islamica*. Even before the establishement of the Islamic city-state of Medina , the Apostle, as such, concluded, in 622 A.D., a treaty known as the Second Pledge of Al Aqaba with a delegation representing the Medinan tribes. Besides, he enjoyed the passive and active right of legation, that is to say, to send and receive ambassadors. He, as apostle, received the said deputation of Medina. In 621, after the First Pledge of Al-Aqaba, Muhammad sent Mus'ab to Medina as his representative to teach people Islam. The emigrants whom the Apostle sent to Abyssinia, in 615 A.D., should be regarded as his deputation if we judge by the circumstances and the wording of the maessage the emigrants carried to the Negus calling on him to embrace Islam. We are inclined to infer that the emigrants must have had an extra mission relevant to the Mecca trade in the hope of inducing the Nugas to boycott it as a measure of retaliation to Meccan hostility towards the Muslims. In this case the emigrants were actually a delegation representing Muhammad in his individual capacity as Prophet, and the friendly reply of the Negus should be considered as a legal recognition of that right. Throughout his lifetime, Muhammad assumed only the title of Prophet and Apostle and introduced documents by that title. After the formation of the Muslim State the Apostle constituted in his person what we call today personal union. The relation between his prophethood and his political leadership could be assimilated, constitutionally, to the relation between the Crown and the King in British constitutional law, in so far as the idea of separation of powers is concerned.

More convincing, however, is the argument that, even under the general principles of present international law, an international personality coheres in Muhammad as Apostle because these principles stipulate that legal personality is acquired by the person who is qualified and who is obligated by the rules of international law. In Western international law, the unique position of the Pope in the Christian community induced Western writers to recognize him as an international person. (1)

(1) Compare; (A) Kunz Joseph L. — The Status of the Holy See in International Law, A. J. I. L., vol. 46, 1952,
(B) pp. 308 — 14. Spiriopulus, Jena A. — L'Individu en Droit International Paris, 1928, p. 32.
(C) Sorensen, Max — Principes de Droit International Public — R.C.A. D.I. Col. 101, (1960 III), p. 127.
(D) Norgaard, Carl Aage — The position of the Indivivual in international Law, Copenhagen, 1926, p. 32.

Qur'an. Technically, they can never take the place of the Arabic version of the Qur'an. Consequently the translations often show subtle difference, which might lead to different conclusions. This fact is apt to lead foreign scholars to adopt an altogether wrong attitude towards the teachings of Islam.

Historical Development of Muslim International Law :

Western writers vary considerably in the definition they adopt for international law owing to divergences in the sources from which they maintain that this law is derived. Generally speaking, most definitions suggest that for international law to exist there must be a combination of three elements, namely ;

1. numerous political entities,
2. mutual relations between those entities,
3. rules or principles to control these relations.

Obviously, the environment in which the external Muslim law developed included, from the very start, the required elements. The nascent Muslim state evolved in a society which knew independent states such as Persia, Abyssinia and Byzantium. This society had its particular system of international law. Besides, there were also perinciples and rules which the Muslim state considered as binding on it in its relations with other alien states.

It is noteworthy to emphasize here that theology is not in contradiction with international law. The fathers of the international law of our time, as well as those of Muslim law, were theologians. Moreover, the science of international law aims at the integration of humanity. In that sense, religion is in close accord with international law. The term "religion" is derived from "regulare", because the divine cult gathers and unifies men. (1).

It could be argued, with good reason, that the call to prophethood was the germ on which Muslim international law grew, on the ground that the Apostle was endowed with international personality. Muhammad the Apostle, in so far as international law is concerned, occupies a unique position which warrants exceptional treatment.

---

(1) Laurent, F. — Etudes sur l'histoire de l'humanité, (Histoire du Droit des Gens), 2nd ed., Bruxelles, 1861, vol. 1, p. x.

Early Muslim scholars have bequethed to us a number of works on Muslim international law based fundamentally on the idea of universalism and that a religious war of agression is one of the tenets Islam prescribed by the Qur'an for securing conversions or exacting tribute. Such views, presumably, were intended by their authors to facilitate the application of the principles of the *Shari'ah* to specific questions. Naturally, their approach was dictated by the existing enviromental socio political requirements and conditions of the time. Therefore, thereir rulings cannot be considered as unconditionally applicable to the needs of the Islamic state in the twentieth century irrespective of modern socio-political exigences.

Nevertheless, as time elapsed, these ideas gained in the pubilc mind a kind of sacrosanct soundness of their own and came to be regarded by the majority of Muslims as an inherent part of the *Shari'ah* itself although neither the Qur'an nor the tradition offer authority for such an unwarranted enlargement of the *Shari'ah*. On the contrary, the law Giver deliberately provided a limited range of explicit ordinances to determine the general legal pattern within which society ought to develop, leaving the multitude of possible legal problems to be decided according to the changing requirements of time and society. Thus it is not accurate to include the doctrines of the various Islamic schools of thought in the *Shari'ah* stricto senso. They are the media of making the *Shari'ah* accessible to common believers.

The regidity of public opinion about the Islamic classical doctrine induced some modern Muslim commentators to accept Western political and legal concepts as the norm to which a modern Islamic state should conform. This, in many cases, resulted in the adoption of concepts which are in contradiction to the dictates of Islamic ideology due to the fact that Western jurists — for reasons of their own-consider questions of belief and of political life as two entirely different domains, whilst the close connection between religion and politics is one of the characteristics of Islam.

The right path in our view, is to turn to the roots of Islamic law, namely the Qur'an and the traditions and from there establish concrete principles of a contemporary Muslim international law. This effort, for those who do not know Arabic, is faced with the crucial problem of the lack of a precise translation of the Qur'an. Actually all translations at hand are but attempts to present the meaning of the

propaganda by which Muhammad, admidst the confused conflicts of tribes, was on the point of giving his own people a religion which it would presently cast upon the world, while imposing its own domination the Arab onslaught took them by surprise". (1) In fact, both empires contented themselves with establishing spheres of influence within areas bordering their frontiers through which they hoped to have their dominance infiltrate into the rest of the Peninsula. Further, those areas under influence could assist in barring the expansion of the bedouins onto the settled land and at the same time act as buffer states between the two contending parties. The Persians thus supported the Lakhmids near the Euphrates and later were able to extend their influence to al-Yaman in the South. In like manner the Byzantines supported the Ghassanids who settled to the east of Damascus.

Nevertheless, "there is no doubt that one of the essential causes of the amazing military successes of the Arabs was the discontent of the pouplation of Syria and Egypt. This discontent was religious in character, for the monophysite doctrine adopted by the majority of the population of these provinces had been outlawed by the Byzantine Government" (2).

Thirdly : *The distinction between the Shari'ah and the Fiqh.*

We deem it relevant, before we proceed to our discussion, to clear up a point of terminology. Muslim writers usually employ the terms *Shari'ah* and *Fiqh* to identify the law, and maintain that the fiqh is a version of the Shari'ah, if not a synonym. To us the two terms do not designate the same thing. The *Shari'ah* is the divine law which God has revealed and He alone knows best its precise meaning and commandments. *Fiqh* is the process of discovering and understanding the injunctions of the *Shari'ah*. Therefore, *Fiqh* is necessarily speculative by its very nature. Admittedly, it could be changeable according to place and time. Hence, we are inclined to confine the term *Shari'ah* or, God's will as revealed in theQur'an and the *Sunna*, to the creative origin of the Islamic law, while *Fiqh* is the demonstrative evidence of the Islamic principles.

---

(1) Pirenne, Henri — Mohamed and Charlemagne, London, 2nd. ed., 1940, p. 147 — 9.

(2) Vesiliev, A. A. — Byzantium and Islam, an Article in "Byzantium — an Introduction to the East Roman Civilization", Oxford paperbacks, 1961.

who were administering the state and who gave up their possessions for the cause of Islam, would consider such an aim of substantial importance in planning Islamic foreign policy.

We, too, repudiate the widespread view that the outstanding victory of Islam over the two great powers of the day, Byzantium and Persia, was due to the weakness of these powers. Undoubtedly, nascent Islam was far less equipped than they were in numbers and war instruments, and had to concern itself with supplying its conquering forces. In fact, Islam as a belief was the driving factor and the essential element that cemented the Arab masses never united before. Muslims, at one time, fought against both Byzantium and Persia simultaneously when the Arab troops were engaged in wars in Persia and in Egypt as well. For instance, in 640 A. D. the Arab troops were facing 20,000 men, the Byzantian garrison at Babylon in the West, whilst other troops were forcing their way to the province of Pars (Persia proper) in the East. It is beyond all logic to ascertain that the Muslims who, thus, had to fight in two frontiers at the same time against the two powers of the day were, by any means, in a stronger position vis-a-vis Persia and Byzantium however weak the two empires might have been.

To us, it is common error that writers try to find out an explanation, beyond propagation and defence of faith, for the Islamic conquests in the seventh century of the Christian era.

What is really worthy of investigation is the magic expansion of Islam and its decisive victories over the two great contemporary masters of the world. To this effect we are inclined to accept the interpretation that the Byzantine Empire had never regarded its frontiers with the Arabs "as one of its vulnerable points, nor had it never massed there any large proportion of its military forces. It was a frontier of inspection which was crossed by the cravans that brought perfume and spices. The Persian Empire, another of Arabia's neighbours, had taken the same precaution. After all, there was nothing to fear from the nomadic Bedouins of the Peninsula, whose civilization was still in the tribal stage, whose religious beliefs were hardly better than fetichism, and spent their time making war upon one another, or pillaging the caravans that travelled from the South to the North, from Yemen to Palestine, Syria and the Peninsula of Sinai, passing through Mecca and Yathrib. Preoccupied by their secular conflict, neither Romans nor Persians seem to have any suspicion of the

war of publicity is an indispensable corollary to this sort of revolution with a view to enlightening humanity and forcing it forward to a better intellectual and social life. This is not fanatical because fanaticism implies abnormality which is far removed from what we have in mind. The cry for fraternity, liberty and equality echoed in the different corners of Arabia more than twelve centuries before the French revolution, and Islam launched the principles of an affluent society in a way far more acceptable than contempoiary economic doctrines. We could not say then that by using force to spread these dogmas beyond the political boundaries of Arabia, Islam proved to be a warlike creed; otherwise we overlook the hostile attitude which the exponents of past political and religious ideas outside Arabia took towards Islam and ignore as well the universal claims of Islam. Thereby, the early Islamic conquests should be regarded as wars of publicity and not of imperialism; in other words, those conquests were directed towards the defence and propagation of the Islamic philosophy and not Arab domination. They were a necessity for the furtherance of civilization. The Arab conquerors were often received by the vanquished peoples as saviours. Our view may be better illustrated if we take into consideration the fact that the early Islamic conquests were directed against the then seats of world civilization in Syria, Persia and Egypt where the intellectual struggle must be settled one way or another.

In line with what we have said we refute the theory that explains Islamic expansion mainly on economic grounds. Of course we cannot, entirely, ignore the economic aspect of the Islamic conquests but we reject its being the main incentive. It is true that Muslim caliphs used to stimulate the enthusiasm of the warriors by referring to the booty they could gain and that the conquests enabled the Muslims to amass a considerable fortune, but these were not the essential objectives of the Islamic conquests which, as we mentioned before, were for dogmatic propaganda in an era which knew only war as an effective means for such a purpose. Referring to booty, it was a way to secure the zeal of some soldiers who were newly converted to Islam or were not sincerely involved in it, a measure compared to granting medals of honour or financial privileges in our times. But this should not be confiused with the ultimate aim of the state as such. It is utterly inconceivable that the orhodox caliphs and their assistants, the companions of the Prophet,

that both Muslim and modern international law have common ends. The conception of faternity, peace and security should be conceived as fundamental for understanding the orthodox norms of Muslim international law and as the pattern within which we interpret the injunction of the Qur'an and the traditions as well. Hence, this notion will generally form the framework of our attempt to trace both thehistory and concepts of Muslim international law.

We would like to point out, from the very outset, that Muslim history and thought were not always or necessarily identical with Arab history and thought, because when the Arabs, through their conquests, came into direct contact with the Greeks and the Persians they were influenced by the greek and Persian culture, 'and Islamic civilisation reflected that influence.

It is a tragedy that the conjuctive bonds of common religion, race, language and customs, which might have been expected to develop some sort of Arab union, failed to do so. "The antiquated paganism of the peninsula seems to have reached a point where it failed any longer to meet the spiritual demands,of the people and was outgrown by a dissatisfied group who developed vague monotheistic ideas, and wont by the name of Hanifs.... On the political side the organised national life developed in early South Arabia was utterly disrupted. And anarchy prevailed in the political realm as it it did in the religious. The stage was set, the moment was psycological, for the rise of a great religious and national leader" (1) it was Muhammad ibn Abdel Lah.

Secondly : The Nature of Islamic Expansion :

To judge Islamic expansion fairly, it is vital to look at it from the right angle. Islam, in our view, is a reformative revolution to be counted among the great revoultions in the history of humanity. Islam, like the French and Russian revolutions, is based on particular dogmas and theories addressed to humanity as a whole and claiming universality. Such revolutions tend to prevail by their very nature and have a predestined role to enforce their philiosophy upon the opponents of the new ideas, otherwise they betray their aim and "raison d'etre". Hence a

---

(1) Hitti, Phillip K., History of the Arabs, London, 1951, p. 108.

divine law, we have to consider Arabia, where Islam initially emerged, as an ideal testing ground for trying out the Islamic technique of adjusting society. Thus, the state of Arab society, at the time when Islam was revealed by God to the Prophet Muhammad, should be construed as intuitively symbolizing the intolerable failure of human society; and the methods that Islam adopted are to be perceived as the heavenly rationalization for those very defects. Therefore, the way of life that prevailed in pre-Islamic Arabia should be regarded as a preliminary background against which we may come to understand the objectives of Islam insofar as our earthly life is concerned. Since the present study is exclusively interested in Muslim international law, we deem it expedient to confine ourselves to the international aspects of Arab life just before Islam came into being. To the best of my knowledge the worst manifestations of the Arab life, at the time, were mainly the widespread disintegration among the Arabs, with every clan or tribe, as the case may be, claiming complete independent status vis-à-vis the other clans or tribes. Obsessed by *assabiyah* (chauvinism) and clannish individualism, the Arabs failed to develop the principles of regional community within their circle. The clan strongly cherished patriotism within itself as an ultimate end and regarded other clans as its justifiable victims. The Arab who is not attached to a tribe is considered an outlaw. In this situation, violence and land piracy, nowadays considered as vices, were the code of dignity and honour of the Arab. This attitude manifests itself in the more than one thousand synonyms the Arabic language is said to have contained for the sword, and, equally in the cronicles called *ayyam al-Arab* (days of the Arabs), which narrate their diplomatic history through their wars. Even conferences,such as *Suq Ukaz,* were occasions for boasting and showing off, and nothing of importance to the cause of peace was achieved through such general gatherings. In fact, war was the ultimate resort for settling disputes. In other words, the clannish spirit was overwhelming international relations among the Arabs, if we may use the term international in this context. This deplorable disintegration and individuality tempt us to say that the chief purpose of Muslim international law was to mitigate, if not to banish, egoistical feelings and preach — as a substitute — fraternity, peace and security. This inference might suggest

GENESIS OF INTERNATIONAL RELATIONS IN ISLAM

By

Dr. MUHAMMAD TALAAT AL GHUNAIMI

Our presentation deals with the general outlook of Islam on international relations, in other words, the general conception of Muslim international law. We mean by Muslim international law "the sum total rules and practices which Islam ordains or tolerates in international relations."

Islam began in Mecca as a religion, became a State in Medina and then spread as a culture. Nevertheless the contribution of modern writers to the interpretation of Muslim international law is remarkably deficient. (1).

To judge Islamic legal theory fairly, it is vital to take certain facts into consideration, namely :

Firstly : The True Task of Divine Law in Society :

Needless to say the task of law in a society is mainly to remedy its deficiencies and meet its needs. Especially is that so when law is revealed by divine power; we presume that it should mostly be predestined to redress society. To perform its function appropriately, the revealed law must select a society where certain deficiencies exist in regard to which the application of the divine process may convincingly illustrate the reformative role of the legal system. Based on that assumption and taking into consideration that Muslim law is originally a

(1) Arthur Nassbaum maintains that "The Islamic law on international relations is scanty and vague, except for some aspects of war". Nassbaum, Arthur. A Concise History of the law of Nations, New York, 1963, p. 4.

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JUIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTE DE DROIT

DE L'UNIVERSITE D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction : *Dr. ANWAR SULTAN*

14 ème ANNÉE, 1969

Nos. 1 et 2

ALEXANDRIA UNIVERSITY PRESS

1969

REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR
LA FACULTE DE DROIT
UNIVERSITE D'ALEXANDRIE



Vol. XIV

1969 — No. 1, 2